

DIOGO JOSÉ TOZETTI FERNANDES

**AS COTAS SOCIAIS COMO ALTERNATIVA DE ACESSO A UNIVERSIDADE DE
BRASÍLIA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro de Ensino Unificado de Brasília

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros
Carvalho

**BRASÍLIA
2010**

Aos meus pais, Elizabeth e Waldir, ao meu irmão, José Lúcio e a todos os meus familiares por todos os momentos de apoio nessa longa caminhada de estudos.

“Confia ao senhor tuas obras, e terão bom êxito os teus projetos.”
Provérbios 16, 3.

RESUMO

No atual momento da sociedade brasileira, o assunto concernente ao acesso da população negra as instituições de ensino superior públicas encontra-se em crescente debate, tendo em vista a divergência de posicionamento existente. Não é difícil observar que o país vive em um momento histórico importante, tendo em vista que a sua Corte Suprema, o Supremo Tribunal Federal, encontra-se em momento de discussão sobre a viabilidade e constitucionalidade da adoção de cotas raciais, levando em consideração a cor da pele da pessoa. No entanto, o fato do Brasil ser um país com alto grau de miscigenação entre seus habitantes demonstra que a adoção desta medida mostra-se desarrazoada e inadequada, causando prejuízos que poderiam ser remediados por outras medidas. Neste sentido, se de uma rigorosa ponderação entre o equilíbrio entre a intervenção almejada e os objetivos a que se pretende alcançar for possível vislumbrar uma medida menos onerosa, essa deveria ser adotada. Assim, verifica-se que as cotas raciais promovem discriminação a parte da população hipossuficiente de cor branca que semelhante a população negra são socialmente marginalizadas e discriminadas.

Palavras chaves

Constitucional - Igualdade – Discriminação – Ação Afirmativa - Cotas Sociais – Universidade de Brasília – ADPF nº 186

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	8
1.1 Noções preliminares sobre o Princípio da Igualdade	8
1.2 Igualdade perante a lei e Igualdade na lei.....	12
1.3 Igualdade material e Igualdade formal	16
1.4 O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988.....	19
1.5 Igualdade e Desigualdade.....	20
1.6 Função Social do Princípio da Igualdade	24
2 DISCRIMINAÇÃO E AÇÕES AFIRMATIVAS.....	25
2.1 Discriminação.....	25
2.2 Função de Não-discriminação	32
2.3 Ação Afirmativa	34
2.4 Noções Gerais.....	34
2.5 Definição	36
2.6 Objetivo das Ações Afirmativas.....	39
2.7 Políticas Governamentais de Combate à Discriminação.....	40
2.8 O Caráter de Justiça Social das Ações Afirmativas	44
2.9 A Constitucionalidade das Ações Afirmativas: uma visão direcionada a Constituição Federal de 1988	47
3 COTAS SOCIAIS: UMA ALTERNATIVA DE INCLUSÃO SOCIAL.....	53
3.1 Cotas nas Universidades Brasileiras.....	53
3.2 A Noção de Raça	58
3.3 O Caso da Universidade de Brasília	60
3.4 Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186	62
3.5 As Cotas Sociais como Alternativa de Acesso ao Ensino Superior	65
CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS	82

INTRODUÇÃO

Num país onde as desigualdades são aparentes, buscar garantir o acesso de uma maior parcela da população a condições sociais melhores é um dos objetivos Estado brasileiro do qual as autoridades não podem eximir-se. Sabendo-se da existência destas discrepâncias foi que o legislador Constituinte de 1988 fez constar no corpo de texto constitucional, especificamente nos objetivos a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil, a exigência de se buscar erradicar a pobreza e a marginalização através da redução das desigualdades, promovendo o bem de todos, sem preconceitos com relação a origem, a raça, ao sexo, a cor, a idade, ou qualquer outra forma de discriminação.

No intuito de eliminar estas disparidades, as instituições públicas de ensino superior vêm adotando o sistema de cotas, como políticas afirmativas, com a finalidade de incluir os socialmente marginalizados. No entanto, algumas instituições vêm utilizando o a cor da pele como critério de discriminação positiva, o que levou a ocorrência de um equívoco tendo em vista que o próprio ordenamento sócio-jurídico propõe outras medidas mais adequadas e menos onerosas que poderiam ser aplicadas para alcançar tal finalidade.

Assim, buscando demonstrar este equívoco, o trabalho destina-se a apresentar uma alternativa que permita a igualdade entre os indivíduos, por meio da instituição de cotas sociais, isto é, que leve em consideração a condição sócio-econômica do candidato.

Inicialmente, este estudo analisará as noções existentes no tocante aos princípios da igualdade, apresentado as teorias e as acepções que o circundam, vislumbrando essencialmente a sua importância, a nível constitucional, para alcançar a isonomia dos indivíduos.

Em seguida, será realizado um estudo sobre o instituto da ação afirmativa apresentando os entendimentos existentes, analisando a importância desta premissa para um ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. Não obstante, faz-se necessário o estudo da recepção do instituto perante o ordenamento jurídico, dando ênfase à maneira pela qual a Constituição Federal da República Federativa do Brasil trata o assunto.

Superada esta fase, adentrar-se-á no mérito do trabalho ao analisar a forma adotada pela Universidade de Brasília, que entrega a uma comissão a função de determinar qual candidato é ou não negro, não apresentando pressupostos para que se analise sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, diante do fato do Supremo Tribunal Federal estar em fase de discussão sobre a constitucionalidade do sistema de cotas adotadas pela Universidade de Brasília, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, será apresentado um breve relato sobre o seu andamento.

Por fim, o trabalho buscará demonstrar que a adoção de cotas sociais, levando-se em consideração a condição social é a política pública afirmativa mais adequada para se alcançar a igualdade sócio-financeira entre os brasileiros, mostrando-se menos oneroso e mais justa à sociedade, do que a adoção, exclusivamente, das cotas raciais.

1 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

1.1 Noções preliminares sobre o Princípio da Igualdade

O princípio que sempre permeou o meio jurídico, tanto no âmbito constitucional, como no filosófico foi o da igualdade. Não é difícil perceber que a noção de igualdade entre indivíduos existente atualmente, baseia-se em uma construção histórica.

O homem como ser social e construtor do direito foi com o tempo transformando e civilizando o mundo ao seu redor, “mudando-o para fazê-lo justo em sua afirmação e eficaz em sua aplicação”¹, assim ficou-lhe incumbido o dever de reduzir ou, se possível, eliminar as divergências, os preconceitos e os privilégios que sempre ameaçaram o caráter igualitário dos indivíduos da sociedade.

Na Idade Antiga, não se observou um embasamento fático para a existência de desigualdades de deveres e obrigações entre os patrícios, detentores do poder, e dos pobres, estrangeiros ou escravos (parte da população que não era considerada cidadã em Roma), fato que os impedia de ser considerados verdadeiros cidadãos. No entanto, não se vislumbra a existência de fundamentação suficiente que justificasse a manutenção de privilégios àqueles detentores do poder.²

¹ ROCHA (1990, p. 28).

² Ibidem.

Com o passar do tempo, a igualdade passa a ter como objetivo uma maior generalização para abarcar tanto aqueles que se encontram em situações de igualdade como os que se encontram em situações diferentes.³

A noção de igualdade, como categoria jurídica de direito fundamental de todos os indivíduos, teve sua emergência como princípio jurídico, de maneira explícita, em documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII, tendo em vista os ideais iluministas, encontrados essencialmente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, surgida em decorrência da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade (*Liberté, Égalité, Fraternité*). Esta absorção do princípio da igualdade pela Declaração foi à vertente principal que levou o seu acolhimento em todos os textos constitucionais modernos.⁴

É possível observar que este princípio isonômico percorreu tanto as noções de Estado Liberal e como de Estado Social para alcançar o sentido atualmente existente:

Do Estado Liberal, forjado a partir da fase revolucionária oitocentista, até o Estado Social em que se ensaia viver atualmente, o constitucionalismo modificou-se, buscando fazer com que os direitos contemplados e formalmente assegurados nos documentos normativos fundamentais passassem a ter materialidade em sua aplicação e efetividade em sua assunção pelos indivíduos. De uma igualdade formal, inicialmente formulada como bastante, passou-se a uma igualdade material, pela qual se busca torná-la efetiva⁵.

Da noção atual do princípio da igualdade, vislumbra-se diversos sentidos e acepções que influenciam na determinação do seu conceito. Na doutrina, na jurisprudência e

³ ROCHA (1996).

⁴ GOMES e SILVA (2001).

⁵ ROCHA (1990, p. 28).

até mesmo na lei, não se observa um conceito ou um significado que abrange todas as características deste princípio.

Para Norberto Bobbio, a igualdade é um valor para o homem como ser genérico, como um ente pertencente a um determinado grupo de indivíduos. Diante deste entendimento indaga-se: quando se diz que uma pessoa, ou uma categoria, ou até mesmo um grupo de pessoas, é igual, há uma procura para descobrir de quem estaria se falando de igualdade? E ainda, questiona-se em quê essas pessoas poderiam ser consideradas iguais?⁶

Para Bobbio, dizer que alguém é igual a outro, impõe a necessidade de existir uma determinação expressa dos destinatários da discriminação e quais são as características que são levadas em consideração para diferenciá-los.⁷

Para Canotilho, a igualdade não é apenas um princípio de Estado de Direito, mas também um princípio de Estado Social⁸, ou seja, para ele, a isonomia pode e deve considerar-se um princípio de justiça social.

Esta igualdade conexiona-se por um lado, com uma política de justiça social e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro, ela é inerente à própria idéia de igual dignidade social (e de igual dignidade da pessoa humana), deste modo funciona não apenas com fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, objetiva ou subjetiva, mas também como princípio jurídico constitucional impositivo da compensação de desigualdade

⁶ BOBBIO (2002).

⁷ Ibidem.

⁸ CANOTILHO (2000).

de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão)⁹.

José Afonso da Silva leciona que a igualdade traz, em sua cerne, quatro sentidos, ou acepções denominadas: nominalista, idealistas, realistas e a jusnaturalista¹⁰.

Os adeptos da corrente denominada nominalista sustentam que a desigualdade é a característica do universo, assim, as pessoas nascem e perduram desiguais, assim, a igualdade não teria nenhuma significação no mundo real¹¹.

Em corrente adversa, encontram-se os chamados idealistas que postulavam uma igualdade absoluta entre as pessoas, afirmando que existia uma igual liberdade natural ligada à hipótese de estado de natureza, sendo Jean-Jacques Rousseau adepto deste posicionamento¹².

Uma terceira posição denominada realista reconhece que os homens são desiguais sob seus múltiplos aspectos, mas também entende ser supremamente exato descrevê-los como criaturas iguais, isto é, como seres humanos. Não há possibilidade de se deixar de reconhecer uma igualdade entre os homens¹³.

No entanto, é impossível considerar que os indivíduos são completamente iguais, posto que, não há como impor a todos indistintamente as mesmas obrigações ou lhes garantir os mesmos direitos, considerando a existência de uma sociedade pura, sem qualquer

⁹ CANOTILHO (2000).

¹⁰ SILVA (2002).

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

forma de distinção entre seus indivíduos, voltando-se a um estado natural, situação amplamente defendida pelos Jus-naturalistas.

Entender a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, não significa somente que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição, mas que as medidas a serem aplicadas devem ser coerentes e razoáveis, evitando-se arbitrariedades inaceitáveis.

1.2 Igualdade perante a lei e Igualdade na lei

Trazendo a análise do instituto da igualdade para o sistema jurídico brasileiro, é possível observar a diferença existente entre o que se entende por Igualdade na Lei e Igualdade perante a Lei.

O texto constitucional informa a necessidade de haver o que a doutrina costuma denominar de igualdade perante a Lei. Deste instituto, se abstrai que “o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”¹⁴, ou seja, a lei não pode, no momento de sua edição ou de sua aplicação, promover situações que são aptas a gerar maiores disparidades entre os seres que a ela estão sujeitas.

Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias, norte-americana e francesa do Século XVIII, que o homem social conseguiu edificar um conceito de igualdade

¹⁴ MELLO (2008, p. 9)

perante a lei. A sua construção jurídico-formal decorreu do entendimento segundo o qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos inter-individuais.¹⁵

Concebida inicialmente para o fim específico de abolir os privilégios típicos dos antigos regimes e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, na rígida e imutável hierarquização social por classes, a clássica concepção de igualdade jurídica (meramente formal), evoluiu e firmou-se como preceito básico do constitucionalismo moderno que surgiu no século XIX e segue até os dias atuais.¹⁶

Assim, verifica-se que a igualdade perante a lei vislumbra um conteúdo político-ideológico que todos os textos constitucionais modernos, buscam direcionar seus legisladores em seu trabalho. No entanto, é importante observar que as leis são direcionadas ao cumprimento do chefe do Poder Executivo.

Se o texto constitucional prevê uma fórmula que proclama a igualdade dos indivíduos, mas não especifica que espécies de distinções estão impedidas de serem feitas entre estes indivíduos nas leis, tal igualdade não mais poderá significar outra coisa senão igualdade perante a lei. Desta forma, “a atuação estatal aplicadora da norma, promane do Administrador ou do julgador, terá, segundo esta interpretação, a mesma medida legal em relação a qualquer cidadão”¹⁷.

Em outro sentido, é possível observar o posicionamento adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello que filia-se ao posicionamento de Hans Kelsen, o qual distingue a

¹⁵ GOMES e SILVA (2001).

¹⁶ GOMES (2001a).

¹⁷ ROCHA (1990, p. 36).

igualdade que o legislador está obrigado a dispensar a todos ao editar uma lei (igualdade perante a lei) e a igualdade a qual os aplicadores da lei estão adstritos ao cumpri-la (igualdade na lei) ¹⁸. Para ele, o sentido relevante do princípio da igualdade está na obrigação da igualdade na lei, entendida, desta forma, como limite para a lei:

Colocar (o problema) da igualdade perante a lei é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da aplicação do direito geral; princípio que é imanente a todas as leis – em outro termos, o princípio de que as normas devem ser aplicadas conforme as normas¹⁹.

A lei e os atos normativos não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas um instrumento de equilíbrio das relações sociais e jurídicas por meio do qual se busca tratar equitativamente todos os cidadãos.

Buscando evitar a aplicação injusta do princípio isonômico, o surgimento ou o reforço das desigualdades já existentes, a doutrina passou a atribuir à frase o significado de iguais na lei, adotando o entendimento de que a própria norma jurídica tendo a obrigação de conferir tratamento igual aos iguais, não pode ir de encontro ao princípio e propiciar disparidades entre os indivíduos que se encontram em situação de paridade²⁰. Sobre esta noção de igualdade na lei, Carmen Lúcia Antunes Rocha traz a seguinte colação:

O que se pretende sob este novo enfoque, portanto, é que o próprio legislador seja cingido pelo constitucionalmente posto, de tal sorte que a lei não abrigue desigualdades sem qualquer fundamentação que não se equacione pela Justiça. Não se lê, pois, o princípio como pretendendo apenas que a norma se aplique de maneira igual, mas que a norma seja feita em estrita remissão e obediência a este princípio, quer-se dizer, que não se criem nela, ou

¹⁸ MELLO (2008).

¹⁹ KELSEN (1962, p. 190).

²⁰ ROCHA (1990).

nela se mantenham, desigualdades entre pessoas em situações jurídicas ou em circunstâncias pessoais iguais.²¹

O preceito magno da igualdade é norma voltada quer para o aplicador do direito, como editor da norma. Assim como os indivíduos devem ser tratados como iguais, faz-se mister observar que as normas editadas não podem dispensar o tratamento equânime quando estão sendo editadas.²²

O Ministro Celso de Mello, em breve, porém pontual discussão no Mandado de Injunção nº 58/91, do Supremo Tribunal Federal, busca esclarecer o que se entende por igualdade na lei e igualdade perante a lei:

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo que a lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade²³.

²¹ Ibidem.

²² MELLO (2008).

²³ BRASIL (1990, p. 4.580).

O que se busca, atualmente, é fazer com que a norma seja fonte de igualdades que sejam “possíveis e necessárias ao florescimento das relações justas e equilibradas entre as pessoas”²⁴.

Com esta noção de igualdade busca-se evitar: que a lei preveja disparidades sem basear-se fundamentalmente em fatos ou situações pré-existentes; que ela não crie desigualdades em situações que comportem igualação; que ela não seja fonte de preconceitos ou discriminações; que ela busque eliminar as desigualdades sócio-econômicas e políticas existentes no meio social; e por fim, que o elemento erigido para garantir o tratamento igual ou desigual, não aparente arbitrariedade e mantenha sua busca pelo ideal de justiça social.²⁵

1.3 Igualdade material e Igualdade formal

Entender o princípio da igualdade ainda abarca a compreensão do que vem a ser a igualdade em sentido material ou formal.

Entende-se por formal, a igualdade conforme disposta no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, dispondo que as pessoas não podem ser tratadas de forma diferente em razão de sua raça, sexo, convicção religiosa, cor, etc.²⁶

No que diz respeito ao sentido material da igualdade, o conteúdo de princípio cinge-se em tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual na

²⁴ ROCHA (1990, p. 39).

²⁵ ROCHA (1990).

²⁶ Ibidem..

proporção de suas desigualdades, sentido baseado essencialmente na visão Aristotélica da Grécia Antiga. É necessário observar que a isonomia material implica no reconhecimento de que a lei pode e deve tratar desigualmente os desiguais, exatamente para preservar a igualdade de direitos, obrigações, encargos, vantagens²⁷.

Canotilho afirma que o princípio da igualdade como as pessoas o vêem, apresenta-se em seu sentido formal, onde todos nascem e permanecem livres e iguais em direitos²⁸. Deve-se evitar a redução da compreensão do princípio ao seu sentido formal, senão o princípio acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei, onde a igualdade ofereceria uma garantia insuficiente, se não for acompanhada (ou não tiver a natureza) de uma igualdade na própria lei.

Ao contrário da estrutura lógica formal de identidade, a igualdade material pressupõe diferenciações, levando-nos a uma igualdade relacional entre diversas pessoas (ou até mesmo coisas), sendo possível exemplificar da seguinte forma: o indivíduo “a” é igual ao indivíduo “b”, tendo em conta determinadas características²⁹.

Entretanto, é necessário observar que o tratamento desigual não poderá ultrapassar aquele estritamente necessário para que a desigualdade, porventura surgida, seja suprimida, sob pena de se verificar uma forma de arbítrio, ultrapassando a verdadeira máxima da isonomia, direito humano elevado ao grau de norma constitucional³⁰.

Independentemente do que se decida em cada caso particular, parece óbvio que, em princípio, a ordem jurídica-política brasileira busca garantir, por meio das políticas

²⁷ LIMA (1993).

²⁸ CANOTILHO (2000).

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem..

públicas, compensar os desníveis gerados pela dinâmica social, e em alguns casos (inúmeras vezes), pela própria intervenção do Estado. Esse lugar, de um lado, resultou das conquistas democratizantes dos que, desde posições sociais subalternizadas, lutaram por condições de exercício mais completas de cidadania, mas também impuseram arbitrariedades que vão de encontro aos postulados do Estado Democrático de Direito³¹.

Como pontifica Jorge Miranda, se não se adotar o caminho de tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, o lema de tratar igualmente tudo vencerá a premissa aristotélica de tratar desigual os desiguais na medida da suas desigualdades³², restando assim, ao ente estatal, a competência de eliminar as desigualdades sociais existentes, não permitindo que arbítrios institucionalizados continuem a permear o meio jurídico.

Há inconsistência de algumas proposições legais em que se pretendem apoiar as convicções desigualitárias, tanto que muitas vezes, observa-se a existência de motivos que vão de encontro à ordem social brasileira como, *exemplia gratia*, os sistemas exclusivos de cotas raciais de acesso as instituições de ensino superior mantidas pelo erário público.

Assim, o Estado passa a ter importante função positiva no sentido de produzir desigualdades para que outras sejam asseguradas. No entanto, não é garantido ao Estado o poder de criar legalidades discriminatórias e desigualadoras, institucionalizando-as, nem pode deixar de criar situações de igualação para eliminar as desigualdades que se estabeleceram, em detrimento das condições iguais de dignidade humana.

³¹ RABAT (2000).

³² MIRANDA (2002).

1.4 O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, estruturada de acordo com as premissas de um Estado Democrático de Direito, já em seu preâmbulo, busca garantir à população brasileira a igualdade entre uma de suas finalidades a serem perseguidas e cumpridas pelo Estado brasileiro.

Para Alexandre de Moraes, o texto constitucional adotou o princípio da igualdade como meio de garantir igualdade de direitos, prevendo desta forma que todos têm o direito de tratamento idêntico pela lei³³, tal determinação encontra-se prevista no artigo 5º, *caput*.

Este dispositivo busca vedar as diferenciações arbitrárias, mostrando que o seu desrespeito dar-se-á quando o elemento discriminador não se encontrar a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito. Esta garantia tem por objetivo permitir igualdades de condições sociais, tanto por meio das leis como pela ação efetiva estatal, buscando alcançar o exercício de diversos direitos pelos cidadãos.

Essencialmente, a igualdade apresenta uma tríplice finalidade limitadora ao legislador, a autoridade pública e aos particulares. Ao legislador, o princípio destina-se a garantir que medidas legais sem razoabilidade não adentrem ao ordenamento jurídico, evitando-se discriminações arbitrárias. À autoridade pública, o princípio destina-se a evitar que a aplicação das normas existentes no ordenamento jurídico induzam ao aparecimento de

³³ MORAES (2006).

arbitrariedades. Por fim, aos particulares busca-se evitar que condutas discriminatórias ou racistas venham a existir, impondo meios de responsabilizá-los tanto cível, como penalmente³⁴.

Assim, verifica-se que o princípio da igualdade, ao ser introduzido no texto constitucional, destinou-se a alcançar o desenvolvimento da sociedade brasileira superando as diferenças e promovendo igualdades, mesmo que para isso direito alheio seja atingido.

1.5 Igualdade e Desigualdade

Para garantir que indivíduos sejam iguais, é necessário que a norma não cause desigualdades entre seus indivíduos de maneira tal que surja arbitrariedades. Utilizar-se de um critério ou fonte de desigualdade sem antes levar em conta um critério que efetivamente diminua, ou mesmo elimine as desigualdades, seria possível observar que a máxima do princípio isonômico estaria sendo infringida, independente da finalidade que se buscou atingir.

Garantir a igualdade aos indivíduos sempre foi matéria delicada e controversa. O Estado no exercício do seu poder de legislar leva em consideração critérios que não influem na busca para alcançar a equipolência entre os indivíduos que são, essencialmente, diferentes. Não seria estranho se as desigualdades aparentassem arbitrárias aos que dela não façam parte. Não obstante, vê-se que em uma sociedade não haveria ordem

³⁴ MORAES (2006)

entre seus indivíduos se não existisse desigualdades, tendo em vista que ao se prever desequiparações de forças contrárias, o próprio sistema social buscará harmonizar-se³⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta em sua obra, os critérios que entende ser necessários para se identificar a existência do desrespeito ao princípio da isonomia. De acordo com o autor:

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente impede analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional³⁶.

Para que uma norma não vá de encontro ao princípio isonômico, faz necessário analisar se a individualização a qual a norma se destina estaria ferindo a máxima constitucional. É imperioso observar que o desrespeito a uma norma, no intuito buscar singularizar uma situação em particular, poderá induzir sua inviabilidade, ao torná-la atual e irreproduzível, por força da própria abrangência racional do enunciado³⁷.

Tendo a norma caráter singularizador, verifica-se uma improbabilidade de recorrência que valha como denúncia do propósito de singularizar o destinatário de forma atual e absoluta³⁸.

Não se podem interpretar como desigualdades situações determinadas em que a lei não haja assumido o fator tido como desequiparador. Se a lei se propôs a distinguir

³⁵ MELLO (2008).

³⁶ MELLO (2008), p. 21.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

determinadas pessoas, situações ou grupos, e se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos na ordem constitucional, não há como negar a existência de discriminações³⁹.

Porém, se o legislador ou o aplicador da norma produzir ou aplicar a norma, de forma a atingir um fator ou uma situação que inegavelmente é igual para todos não há como aceitar tal desequiparação, sob pena de se estar permitindo a existência de desigualdades inconstitucionais e arbitrárias entre os indivíduos⁴⁰.

Celso Antônio Bandeira de Mello complementa esta noção esclarecendo que, quando o a lei impõe o tempo como condição essencial de aplicação da norma não pode ser ele tomado como fator de discriminação, posto que, este será um condicionante de validade da norma. Quando a norma faz referência cronológica irrefragável a algo, ela está simplesmente elevando os fatos e situações, transcorridos ou a transcorrer, como fator de desequiparação, sendo que, o que se põe em pauta, nuclearmente, são sempre as pessoas, os fatos e as situações, podendo somente neles residir diferenciações⁴¹:

Ao se examinar algum *discrímen* legal, para fins de buscar-lhe afinamento ou desafinamento com o preceito isonômico, o que se tem de perquirir é se os fatos ou situações alojados no tempo *transacto* são, eles mesmos, distintos, ao invés de se indagar pura e simplesmente se transcorrem em momentos passados diferentes.(...) Se o tempo não é uma inerência, uma qualidade, um atributo próprio das coisas (pois são elas que estão no tempo e não o tempo nelas), resulta que em nada diferem pelo só fato de ocorrerem em ocasiões já ultrapassadas. Todas existiram. E se existiram do mesmo modo, sob igual feição, então, são iguais e devem receber tratamento paritário. Há de ser nos próprios acontecimentos tomados em conta que se buscarão diferenças justificadoras de direitos e deveres distintos e não em fatores alheios a eles que em nada lhes agregam peculiaridades desuniformizadoras⁴².

³⁹ MELLO (2008)

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem (p.34).

Indubitavelmente, deve ser observado que, após saber qual será o critério a ser utilizado para a discriminação, é necessária a existência de correlação lógica entre os elementos que se utilizou para a ocorrência de uma discriminação e a desigualdade que se pretende realizar. Isto é, deve-se observar se o fator que será erigido como critério discriminatório possui justificativa lógica e racional para atribuir tratamento jurídico diverso aos indivíduos de uma categoria. Porém, quando a norma prevê um critério que em seu conteúdo não guarde correlação lógica entre esses fatores, vislumbra-se a imposição de uma desigualdade de forma fortuita, sem observância de qualquer elemento lógico da categoria que estaria em questão⁴³.

Desta forma, vê-se a necessidade de categorizar os indivíduos, a qual o princípio se destina, observando as características que cada um apresenta respeitando sua diversidade.

Não se pode aceitar que determinadas situações ou fatos sejam desigualados, estando em desconformidade com os valores, fundamentos e objetivos presentes em seu sistema constitucional, sob pena de causar uma injustiça ao restante dos indivíduos não abarcados por esta norma⁴⁴:

Não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa a isonomia. Também não é suficiente o poder-se argüir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiada na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário⁴⁵.

⁴³ MELLO (2008).

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem. (p. 43).

1.6 Função Social do Princípio da Igualdade

No que concerne à Função Social a qual o princípio da igualdade tem no ordenamento jurídico, é necessário observar a colação trazida pela Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha.

Além do sentido jurídico-constitucional que o princípio possui, é necessário que ele pretenda impor justiça social aos seus indivíduos. Ao mesmo tempo em que o Estado deve impor normas para garantir um tratamento igual entre os iguais, e desigual entre os desiguais, é necessário que as condições sociais transformem-se ao ponto de alcançar uma justiça social⁴⁶.

Além de não se permitir a criação de situações discriminatórias e preconceituosas que marginalizem alguns indivíduos da esfera de subsunção a direitos, aquisição e aproveitamento dos bens, o Poder Público deve buscar dirimir, ou eliminar, as diferenças sócio-econômicas e políticas que distingam os homens em sua essência.⁴⁷

Desta forma, o princípio da igualdade inserido no sistema jurídico-constitucional cumpre uma função social determinante para o Poder Público de transformar o meio social que há a sua volta⁴⁸.

⁴⁶ ROCHA (1990).

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.

2 DISCRIMINAÇÃO E AÇÕES AFIRMATIVAS

2.1 Discriminação

Ao considerar a igualdade como meio a se alcançar a isonomia em uma sociedade e desta forma alcançar uma justiça social, faz-se necessário ter em mente que este pressuposto somente será alcançado, se for garantido um mínimo de desigualdade entre os indivíduos. A Ministra Cármen Lúcia descreve que a importância de se promover desigualdades através de discriminações destina-se a garantir que as determinações legais tenham sua aplicação de forma efetiva:

Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política.⁴⁹

Ao se criar desigualdades, deve-se ter em mente que duas finalidades são perseguidas pelo Estado: dirimir desigualdades baseadas em fatores como raça, cor, religião, orientação sexual, oportunidades tanto sociais quanto econômicas, e causar diferenciações, com o intuito de desprestigiar os indivíduos alcançados pelos fatores utilizados para promover a discriminação, apresentando-se desta forma como arbitrariedades.

⁴⁹ ROCHA (1996, p. 284).

Nesse sentido, quando se busca desprestigiar alguém ou algo, causando-lhe um prejuízo, seja moral, psicológico ou jurídico, é possível vislumbrar a ocorrência, do que a doutrina denomina de discriminação negativa. Em sentido oposto, quando se busca garantir medidas para que as desigualdades existentes sejam dirimidas ou eliminadas, a doutrina denomina de discriminação positiva, ou ações afirmativas.

Para Albert Memmi, a discriminação “constitui a valorização generalizada e definitiva de diferenças, reais ou imaginárias, em benefício de quem a pratica, não raro como meio de justificar um privilégio”⁵⁰, afirmando ser ela o meio pela qual a atividade intelectual do ser humano legitima agressões ou privilégios.

Atualmente, verifica-se que o Estado brasileiro busca, através principalmente de políticas públicas de inclusão, privilegiar a promoção da igualdade e condenar a discriminação negativa. Desta forma, para se garantir uma igualdade, é necessário que o princípio – subtendido no seu sentido formal – seja mitigado para que este intuito seja alcançado.⁵¹

Nesse sentido, conforme discorre Flávia Piovesan, “a eliminação e o combate à discriminação são medidas fundamentais para que se garanta a todos o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais”⁵².

Para que se alcance a discussão sobre as ações afirmativas, é necessário ainda compreender as diversas modalidades existentes de discriminação. Atualmente é

⁵⁰ MEMMI (1982, p. 31, apud GOMES, 2001b, p. 18).

⁵¹ PIOVESAN (1998).

⁵² Ibidem (p. 133).

possível observar conceitos e modalidades de discriminações em diversos diplomas normativos, inclusive em normas originárias de acordos e tratados.

Conforme se observará, textos normativos internacionais apresentam diversos conceitos concernentes a discriminação.

A discriminação racial encontra-se definida na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial da ONU, tendo sido ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 65.810 de 08 de dezembro de 1969, como:

[...] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direito humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou qualquer outro campo da vida pública⁵³.

Entende-se por discriminação de gênero, a análise de qualquer forma de desigualdade que exista entre homens e mulheres, ou seja, que leve em consideração o sexo a qual a pessoa pertence. Esta forma de discriminação pode ser exemplificada, no sentido de que as mulheres devem possuir as mesmas condições de acesso ao trabalho que os homens, tanto que o texto constitucional garantiu a elas a proteção do mercado de trabalho, com estipulação de incentivos (art. 7º, Inciso XX, Constituição Federal). Basicamente, o gênero da pessoa somente poderá ser utilizado como fator de ‘discrimen’, para promover igualdade entre homem e mulheres.

⁵³ ONU (1965).

No tocante a discriminação de gênero, deve-se entender por discriminação, de acordo com a Convenção sobre a eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, ratificada em 1984:

[...] toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.⁵⁴

Porém, deve-se observar que esta noção de gênero encontra-se deficiente, tendo em vista que não se vislumbra a orientação sexual dos gays, das lésbicas, bissexuais, dos transexuais e dos transgêneros (GLBTT).

No meio jurídico brasileiro, é possível observar a existência de uma discriminação intencional, ou seja, busca-se promover formas por meio do qual as pessoas devam ser tratadas de maneira desigual, menos favorável, em razão de sua raça, cor, sexo, origem ou qualquer outro fator, buscando eliminar as discriminações existentes.⁵⁵

Segundo Gomes, dois fatores influenciam na ocorrência e na manutenção de discriminações:

a) o aspecto cultural, psicológico, que faz com que certas práticas discriminatórias ingressem no imaginário coletivo, ora tornando-se banais, e, portanto indignas de atenção salvo por aqueles que dela são vítimas, ora se dissimulando através de procedimentos corriqueiros, aparentemente protegidos pelo Direito; b) os efeitos presentes da discriminação do passado, cuja manifestação mais eloqüente consiste na tendência, facilmente observável em países de passado escravocrata e patriarcal, como o Brasil, de sempre reservar aos negros e mulheres os postos menos atraentes, mais servis

⁵⁴ ONU (1965).

⁵⁵ GOMES (2001b, p. 20).

do mercado de trabalho como um todo ou de um determinado ramo de atividade.⁵⁶

Não obstante, frisa-se que o sistema jurídico brasileiro permite a existência de desigualdades, seja em razão das exigências especiais, seja em função das características pessoais das pessoas envolvidas.⁵⁷

Continuando a analisar as diversas modalidades de discriminação, encontra-se a chamada discriminação indireta, conhecida na doutrina mundial como Teoria do Impacto Desproporcional (*Disparate Impact Doctrine*)⁵⁸. Decorrente do direito norte-americano, essa teoria trata da forma de desigualdade por meio do qual se utiliza “práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório”⁵⁹.

Esta forma de discriminação é vista como a forma mais indigna de discriminação, tendo em vista que quem a pratica a faz de forma imperceptível ou dissimulada à primeira vista de quem a vê:

Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional de igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultar efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas⁶⁰.

⁵⁶ Ibidem (p. 20-21).

⁵⁷ GOMES (2001b, p. 21).

⁵⁸ Vide por exemplo: PERRY, Michael J. The Disproportionate Impact Theory of Racial Discrimination. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, n. 3, jan.1977, p. 540-589.

⁵⁹ GOMES (2001b, p. 23).

⁶⁰ Ibidem (p. 24).

Basicamente, estas práticas estão presentes no subconsciente humano, por exemplo, quando chefes impõem aos negros cargos subalternos em comparação aos empregados de cor branca, quando se reserva a mulheres posições menores com relação aos homens, quando se leva em consideração raça ou gênero para determinação do quantum remuneratório a ser pago.

Daniel Sarmento discorre que a teoria em questão surgiu no começo da década de 70, logo após a instituição de políticas públicas destinadas a eliminar as diversas formas de segregação nos Estados Unidos da América. O autor entende que, na época que a teoria surgiu, a Suprema Corte norte-americana já havia firmado entendimento da necessidade de um controle mais rigoroso da constitucionalidade das normas de conteúdo discriminatórias, especialmente as que tinham caráter racista⁶¹:

A Suprema Corte norte-americana estabeleceu em sua jurisprudência, ao longo do tempo, três Standards diferentes para o controle de normas jurídicas por violação ao princípio da igualdade (14ª Emenda à Constituição americana), que ela emprega dependendo da natureza do critério de diferenciação adotado no ato normativo examinado:

(a) o *rationality test*, parâmetro menos rigoroso, em que se mostra menos ativista e mais deferente em relação às decisões tomadas pelo legislador, e em que se limita a examinar se existe uma relação racional entre o critério de discriminação empregado pela norma e algum fim legítimo promovido pelo Estado;

(b) o *intermediate scrutiny*, em que ela exerce um controle mais rígido, só validando os critérios de distinção adotados se eles mantiverem uma relação substancial com algum importante interesse governamental;

(c) o *strict scrutiny*, que é o standard mais exigente, em que há uma espécie de presunção de inconstitucionalidade da norma, que só cede quando se consegue detectar que o fator de desequiparação adotado foi talhado estritamente para a promoção de um interesse estatal de excepcional relevância. É muito raro que uma norma legal sobreviva a este standard mais rigoroso de controle judicial, que é o empregado para as discriminações malignas fundadas em critérios raciais⁶².

⁶¹ SARMENTO (2006).

⁶² GOMES (2001b, p. 143, nota de rodapé).

Não se pode deixar de mencionar o que a doutrina denomina de Discriminação de Fato, consistindo na ofensa ao princípio da igualdade perante a lei⁶³. Ela ocorre quando tendo o Estado a obrigação de aplicar uma lei de forma a garantir a igualdade substancial a todos, o faz de forma sistemática anti-isonômica e prejudicial a um determinado grupo. Esta discriminação resulta “da indiferença, do desdém, das autoridades públicas para com o destino dos grupos sociais marginalizados, para com a sua dignidade humana”⁶⁴.

Ao promover as políticas públicas no intuito de eliminar as disparidades existentes, utilizando-se, consciente ou inconscientemente, da discriminação de fato, percebe-se que as autoridades acabaram por promover medidas que não conceberam as especificidades as quais as minorias necessitam, “tendendo quase sempre a perpetuar a iniquidade de que eles historicamente são vítimas”^{65 66}.

Para Daniel Sarmento, a forma mais aparente que possibilita observar o desrespeito ao princípio isonômico é por meio de estatísticas, entendendo que a discriminação de fato não possibilita um controle no Direito Brasileiro:

Não cabe qualquer discussão a propósito da possibilidade da discriminação de facto no direito brasileiro, uma vez que se trata de decorrência óbvia da consagração de facto no Direito Brasileiro, uma vez que se trata de decorrência óbvia da consagração do princípio da igualdade perante a lei. Sem embargo, o que ainda não existe no país, e deve ser estimulado, é a cultura da análise empírica, inclusive estatística, sobre a forma de aplicação de normas aparentemente neutras do ponto-de-vista étnico-racial, mas que são freqüentemente empregadas de forma não-igualitária, em desfavor dos negros. Os resultados obtidos nestas coletas de dados possibilitarão, em muitos casos, não apenas a punição dos culpados e a reparação dos danos materiais e moras infligidos às vítimas das discriminações, como também a

⁶³ Ibidem (p. 147).

⁶⁴ GOMES (2001b).

⁶⁵ (GOMES, 2001b, p. 30).

⁶⁶ Joaquim Barbosa observa que no que concerne à discriminação em razão da cor, existe ainda o chamado racismo inconsciente, que é facilmente demonstrado quando por parte do Estado, não há o propósito discriminatório por parte de quem a aplica. Porém, a discriminação existe, mesmo que de uma forma implícita.

reformulação das normas utilizadas, de modo a minimizar os riscos de aplicações que violem o direito à igualdade dos afrodescendentes^{67 68}.

Assim, é possível observar que a discriminação constitui um meio de valorizar, da forma generalizada e definitiva as diferenças, reais ou imaginárias, em benefício de quem a pratica, funcionando, raramente, como meio de justificar um privilégio ou, até mesmo, uma agressão⁶⁹.

2.2 Função de Não-discriminação

J. J. Gomes Canotilho traz em sua obra, *Curso de direito Constitucional*, o que chama das funções dos Direitos Fundamentais, quais sejam, função de defesa ou de liberdade⁷⁰, de prestação social⁷¹, de proteção de terceiros⁷² e da não discriminação. Decorrente do direito norte-americano, a função da não discriminação busca assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais:

⁶⁷ SARMENTO (2006, p. 148)

⁶⁸ Joaquim Barbosa traz a colação da Suprema Corte norte-americana no tocante ao uso da estatística como critério demonstrativo ou probatório da discriminação, utilizando-o com extrema prudência. A Corte se limita a analisar o elemento estatístico juntamente com outros fatores, sancionando severamente as disparidades flagrantes, classificando-as como prova (considerada irrefutável) do tratamento discriminatório. Entretanto, conforme o autor relata, o Brasil não se utiliza deste elemento como instrumento probatório nos casos de discriminações (GOMES, 2001b, p. 32, nota de rodapé).

⁶⁹ GOMES (2001b, p. 18).

⁷⁰ “Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)” (CANOTILHO, 2000, p. 408).

⁷¹ “Seria o direito do particular a obter algo através do Estado saúde, educação, segurança social” (CANOTILHO, 2000, p. 408-409).

⁷² “[...] da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros” (CANOTILHO, 2000, p. 409).

Esta função de não discriminação abrange todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais, como aos direitos de participação política como ainda aos direito dos trabalhadores. (...) É com base nesta função de não discriminação que se discute o problema das quotas e o problema das *affirmative actions* tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades ⁷³.

⁷³ CANOTILHO (2000, p. 409-410).

2.3 Ação Afirmativa

2.4 Noções Gerais

Autores como Carmen Lúcia⁷⁴ e Joaquim Barbosa⁷⁵ vêm nas formas de discriminações, meios que a sociedade se utiliza para alcançar a igualdade substancial entre os indivíduos, pois na maior parte das nações que são consideradas não-confecionais e com grande variedade étnica, vislumbra-se a presença de grandes disparidades no acesso a direitos garantidos a todos, indistintamente, como saúde, educação, trabalho, bem-estar, etc.

Algumas nações entendem ser suficiente constar na Carta Constitucional a previsão de que todos os indivíduos são iguais para que as discrepâncias sejam dirimidas. O que basicamente acontece é a explicitação da igualdade formal entre os indivíduos, não se dando ênfase ao caráter material deste princípio, ou seja, garante-se por meio legal que as

⁷⁴ “Em nenhum Estado Democrático até a década de 60 e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade, etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte no mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política” (ROCHA, 1996, p. 284).

⁷⁵ “A experiência e os estudos de direito e política comparada, contudo, têm demonstrado que, tal como construída, à luz da cartilha liberal oitocentista, a igualdade jurídica não passa de mera ficção. ‘Paulatinamente, porém,’ sustenta o jurista português Guilherme Machado Dray, ‘a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições.’ Imperiosa, portanto, seria a adoção de uma concepção substancial da igualdade, que levasse em conta em sua operacionalização não apenas certas condições fáticas e econômicas, mas também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana, como é o caso da discriminação” (GOMES, 2001a, p. 130-131).

pessoas são iguais perante a lei, porém, entendem não ser necessária a garantia dos meios para garantir esta igualdade.

Esta abstenção estatal mostra-se como importante amostra da impossibilidade de acesso de minorias relegadas à miséria ou a condições degradantes, não apresentando um adequado respeito à dignidade do ser humano para possibilitá-lo alcançar condições sócio-econômicas melhores. Apesar de existir diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que determinam meios para coibir as discriminações, não é possível vislumbrar meios que efetivamente garantam a aplicação desta regra.

Joaquim Barbosa entende que há duas conclusões que se pode extrair desta ineficácia:

Em primeiro lugar, a certeza de que proclamações jurídicas por si sós, revistam elas a forma de dispositivos constitucionais ou normas de inferior hierarquia normativa, não são suficientes para reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do status de inferioridade de subordinação. Em segundo lugar, o reconhecimento de que a reversão de um tal quadro só será viável com a renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao contrário, uma posição ativa, até mesmo radical, se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica⁷⁶.

Com o intuito de se buscar dirimir estas desigualdades existentes entre os indivíduos, surge em meados do século XX, mais especificamente na década de 60, medidas decorrentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, conhecidas como *Affirmation Action* (Ação Afirmativa). Ao mesmo tempo, surge na Europa medidas semelhantes com a finalidade de diminuir as desigualdades, porém com denominação de *Positive Discrimination* (discriminação positiva) ou *Action Positive* (Ação Positiva).

⁷⁶ GOMES (2001b, p. 37)

Estas medidas buscam, em sua essência, ultrapassar a noção estática de igualdade formal e alcançar uma igualdade substancial, garantindo-se meios para isso, demonstrando a preocupação estatal em observar os elementos como raça, cor ou sexo na implementação de decisões destinadas “não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que raro se subtrai ao enquadramento nas categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as iniquidades sociais” ⁷⁷.

Nesse sentido Joaquim Barbosa complementa:

Como se vê, em lugar da concepção “estática” da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente. ⁷⁸

Indubitavelmente, estas medidas buscam dar efetividade aos direitos constitucionais de segunda geração, reconhecidos pela doutrina como direitos sociais, alcançado o que a doutrina denomina de justiça social.

2.5 Definição

⁷⁷ GOMES (2001a, p. 134).

⁷⁸ Ibidem (p. 131).

Inicialmente, ação afirmativa era compreendida como incentivo que as autoridades públicas e privadas tinham para que fossem implantadas no seu meio social, medidas que possibilitassem a inclusão das pessoas no ambiente do qual ela se encontrava excluída⁷⁹. Mas não existia, no ordenamento jurídico, regras que exigissem de forma coercitiva a ocorrência destas medidas:

Por essa constatação histórica irrefutável é que, desde a década de 60, especialmente, começou a se fazer patente aos que tinham olhos com que ver claro que o Direito Constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica como vinha sendo, até então, cuidado. Concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica⁸⁰.

Desta forma, entende-se por ações afirmativas:

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego^{81 82}.

De acordo com Carmen Lúcia, a definição de ação afirmativa foi cunhada inicialmente em uma ordem executiva federal norte-americana datada de 1965 em que passou a significar, a partir daquele momento, a exigência de favorecimento de algumas minorias

⁷⁹ ROCHA (1996).

⁸⁰ Ibidem (p. 284).

⁸¹ GOMES (2001a, p. 135).

⁸² “Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito” (GOMES, 2001, p. 135).

socialmente inferiorizadas, que se encontravam juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superadas para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais⁸³. E complementa:

Assim, a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias⁸⁴.

As medidas não devem ser fontes de outras discriminações quando a maioria não marginalizada perde espaços que antes possuía, face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador do direito.⁸⁵

Para Daniel Sarmiento, ações afirmativas se define como “medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo, ou não, que visam a promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social”⁸⁶, podendo ter vários focos (políticas aos afro-descendentes, aos indígenas, as mulheres e ao acesso a cargos públicos).

Deve-se entender que as ações afirmativas é, no Brasil, um instituto recente, em evolução, sendo que as principais teorias relacionadas com este assunto são decorrentes,

⁸³ ROCHA (1996).

⁸⁴ Ibidem (p. 286).

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ SARMENTO (2006, p. 154).

em sua maioria, do direito norte-americano. Conforme defende Flávia Piovesan, a experiência de outros Estado-nações, comprova que as ações afirmativas proporcionam maior igualdade, na medida que assegura maior possibilidade de participação de grupos sociais vulneráveis nas instituições públicas e privadas ⁸⁷.

2.6 Objetivo das Ações Afirmativas

Observando-se o fato de que não basta proibir para eliminar as desigualdades, vislumbra-se que o objetivo destas medidas seja principalmente a concretização da igualdade entre os indivíduos que estão em situação de desequiparação. Deve-se ainda promover meios que possibilitem transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra. Busca-se evitar que no futuro estas desigualdades que buscam ser dirimidas não venham perpetuar no tempo. ⁸⁸

Joaquim Barbosa entende ainda que, se por um lado essas políticas simbolizam o “reconhecimento oficial da persistência e da perenidade das práticas discriminatórias e da necessidade de sua eliminação” por outro lado, elas têm a meta de atingir objetivos de natureza cultural, entretanto, ocorre em alguns momentos a banalização da necessidade e das utilidades das políticas públicas de ações afirmativas ⁸⁹.

⁸⁷ PIOVESAN (1998).

⁸⁸ GOMES (2001b).

⁸⁹ GOMES (2001a, p. 136).

É necessário observar que essas políticas públicas buscam solidificar uma diversidade representativa de todos aqueles que se encontram em situação que aparente ser discriminatória, “as políticas afirmativas cumprem o importante papel de cobrir essas lacunas, fazendo com que a ocupação das posições do Estado e do mercado de trabalho se faça na medida do possível em maior harmonia com o caráter plúrimo da sociedade”⁹⁰.

Busca-se com estas medidas que aqueles que porventura lograrem posições e cargos de poder em sua vida profissional sirvam de exemplos às gerações seguintes para que, mesmo inconscientemente busquem medidas que possibilitem dirimir, ou até eliminar, as discriminações arbitrárias, seria o que a doutrina denomina de personalidades emblemáticas (*role models*)⁹¹.

2.7 Políticas Governamentais de Combate à Discriminação

As políticas utilizadas para coibir as formas de discriminações existentes podem decorrer de finalidades diversas. Por um lado, busca-se impor normas de caráter geral e abstratas, meramente proibitivas; por outro, tem como principal objetivo, alcançar melhores condições aos grupos vítimas de discriminação.

Tais políticas podem ser decorrentes de ações exercidas tanto pelo Poder Executivo, como pelo Judiciário e pelo Legislativo.

⁹⁰ Ibidem (p. 136).

⁹¹ GOMES, 2001a.

As normas abstratas que buscam dar um conteúdo distributivo, buscando essencialmente punir ou tão somente proibir ações humanas são entendidas como políticas governamentais neutras de combate a discriminação. Tais normas remontam ao século XX, sendo também conhecidas como *Civil Rights Law* ⁹². Seriam, pois, todas as normas constitucionais ou infraconstitucionais, e interpretações decorrentes de decisões judiciais que estabeleciam entendimento dos dispositivos legais, fixando-lhes determinada conduta a ser seguida de forma cogente e imperativa por todos. Com estas medidas, busca-se eliminar toda forma de discriminação, independentemente do foco que se tenha com o intuito de meramente proibir ações humanas.

As ações afirmativas propriamente ditas são exercidas tanto pelos poderes estatais, como pela iniciativa privada. Tanto no âmbito público como no privado, as ações devem ser obedecidas, sob pena de incorrerem em sanções previstas legalmente. Joaquim Barbosa leciona sobre o assunto da seguinte forma:

O traço característico dessa modalidade de combate à discriminação reside, assim, no fato de que, em princípio, trata-se de normas meramente dissuasórias e proibitivas das práticas discriminatórias. Não são medidas vocacionadas desde a sua origem a prover para o futuro, ou seja, a promover a integração e a diversidade, ao invés de simplesmente coibir atos que impeçam a concretização dessas metas⁹³.

Com relação ao Poder Executivo, é necessário observar que a posição de superioridade a qual o Estado encontra-se mostrasse como importante fator para imposição das discriminações que se busca eliminar. O fato de este ente ter o poder para impelir os

⁹² “O estatuto dos Direitos Civis de 1964 divide-se em inúmeros capítulos, cada um deles dedicado a uma forma específica de discriminação (i.e., discriminação no emprego, discriminação no acesso à educação, discriminação residencial, discriminação religiosa, discriminação em matéria eleitoral, discriminação no emprego em razão de idade, discriminação em logradouros públicos, discriminação contra os índios, discriminação em razão de deficiência física)” GOMES (2001, p. 51-52).

⁹³ GOMES (2001b, p. 52).

particulares a agir da maneira que lhes convier é fator importantíssimo para que as políticas públicas possam ser aplicadas.

Tal forma pela qual o estado se manifesta, de acordo com Joaquim Barbosa, denomina-se “*Spending Clause*”, prevendo que os recursos públicos devem ser aplicados em benefícios da população em geral, sem qualquer distinção.⁹⁴

É nesta questão que reside à problemática do regime de cotas em universidades, tendo em vista que, o Estado como detentor, sem exclusividade, da matéria educacional, utilizando-se de sua supremacia e fazendo valer o interesse público, exigem das instituições de ensino a adoção de medidas anti-discriminatórias, buscando garantir a justiça social.

O Poder legislativo como instituidor de políticas públicas apresenta-se como meio essencial para a consecução das medidas, posto que, com sua função típica de produção normativa e como centro de discussões das matérias socialmente relevantes, o órgão apresenta-se como formador das principais ações a qual se buscará alcançar. Nesse sentido, garantir medidas afirmativas encontra-se entre as matérias a qual este órgão não pode eximir-se de tratar.

O Poder Judiciário tem um importante papel na que concerne a adoção das medidas afirmativas, posto que, toda a interpretação e integração das normas, desde a constituição até as normas de mera regulamentação, são de competência desse Poder. Desta

⁹⁴ Joaquim Barbosa em sua obra cita o Decreto Executivo (*Executive Order*) nº 11246/65, do então presidente dos Estados Unidos da América, Lyndon Johnson, onde “a administração, que em princípio não teria meios legais de compelir o empregador privado a cumprir metas de integração de minorias em seus quadros de empregados, chega por vias oblíquas a esse resultado, na medida em que a celebração de qualquer contrato com a Administração fica condicionada ao comprometimento, por parte do contratante, não só de contratar em percentuais razoáveis certas minorias, mas igualmente de oferecer-lhes efetivas condições de progressão na carreira” (GOMES, 2001b, p. 54).

forma, qualquer problemática relacionada com as políticas públicas afirmativas que porventura surgirem serão total ou parcialmente dirimidas por este órgão.

Se as instituições não o fizerem de forma voluntária, desrespeitando ou descumprindo os preceitos existentes, o Judiciário com a imperatividade e a cogência de suas decisões (meios garantidos pelo próprio ordenamento jurídico) irá infligi-los a agir de forma repelir as disparidades existentes.

Joaquim Barbosa menciona uma fórmula, segundo o qual entende que o Judiciário, ao ser acionado, pode efetivamente garantir a eliminação das discriminações que estejam em foco, desta forma, seria uma medida positiva visando restaurar ou nivelar as situações jurídicas individuais ou coletivas que se apartaram em decorrência de um comportamento discriminatório⁹⁵:

[...] constatada a veracidade de uma denúncia de discriminação intencional em uma determinada empresa, o juiz deverá, em primeiro lugar, determinar que o empregador cesse imediatamente a prática discriminatória e, em seguida, impor a “medida afirmativa” adequada. [...] Noutras palavras, sempre que o juiz reconhecer, pelos mais diversos meios e técnicas probatórias (incluindo-se aí a demonstração estatística), que suficientemente provada à prática da discriminação numa determinada empresa ou setor do mercado de trabalho, ele terá a faculdade discricionária de determinar ou não a instituição de cotas⁹⁶.

O autor esclarece que em decorrência da Doutrina da Ação Governamental (*State Action Douctrine*), decorrente do direito norte-americano, buscava-se limitar a atuação

⁹⁵ GOMES (2001b).

⁹⁶ GOMES (2001b, p. 58).

do poder público na esfera privada, impedindo que as medidas públicas afirmativas as alcançassem⁹⁷.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, as políticas públicas afirmativas deram-se basicamente na esfera pública, já os particulares entenderam que existia uma linha demarcatória entre a atuação coercitiva do estado contra as discriminações e a autonomia privada deles. Assim, observou-se que a atuação restrita do Estado em não adentrar na esfera privada resultou no encorajamento à discriminação de caráter privado.

No entanto deve-se observar a importância que o Poder Judiciário norte-americano possuía, e possui, posto que, coube-lhe o papel de mitigar a rigidez da dicotomia entre a esfera pública e a esfera privada. Tanto que foi por meio de decisões que durante um longo período tenderam a identificar indícios de significativo envolvimento estatal ou a presença de uma função pública em inúmeras atividades que, necessariamente, seriam privadas⁹⁸. Assim, o Estado passou a considerar públicos comportamentos tido como eminentemente privados, observando neles indícios de atuação regulatória ou fiscalizadora.

2.8 O Caráter de Justiça Social das Ações Afirmativas

Verifica-se na doutrina quatro fundamentos, que buscam justificar a existência das ações afirmativas: a noção de justiça compensatória, noção de justiça

⁹⁷ GOMES (2001b).

⁹⁸ Ibidem.

distributiva, o ideal de promoção do pluralismo e, por fim, o fortalecimento da identidade e auto-estima do grupo favorecido.⁹⁹

As ações afirmativas seriam uma forma de justiça compensatória. Durante um longo período, foi possível observar que a adoção de políticas afirmativas levou grupos ou minorias a uma situação de discriminação sem qualquer fundamento, como por exemplo, a situação dos negros na sociedade atual decorrente de uma cultura escravagista a qual o Brasil se encontrava. Nesse sentido, observa-se a situação segundo o qual as mulheres se encontravam, onde legalmente não eram consideradas nem cidadãs para votar.

Daniel Sarmiento entende por justiça compensatória como uma forma justa pela qual a sociedade de hoje busca compensar, não só em razão de injustiças sofridas por seus antepassados, mas pelos efeitos das injustiças que continuam os atingindo na atualidade¹⁰⁰.

O fato das situações de preconceito e de discriminações tenderem a ser transmitidas para gerações posteriores resultaria em uma forma de restauração do desequilíbrio dos grupos sociais, resultando em uma privação de oportunidades. A melhor forma para reparar a disparidades existentes, seria um aumento razoável e proporcional de medidas que possibilitem uma atenuação das diferenças¹⁰¹.

O que enfraquece a tese compensatória das ações afirmativas é o fato de que a reparação do dano recairia sobre os indivíduos que em nada influíram para a existência da situação anteriormente existente, desta forma, a obrigação de reparar o dano caberia àqueles

⁹⁹ SARMENTO (2006).

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ GOMES (2001b).

que não lhe deram causa, ou seja, a sociedade teria a responsabilidade de ressarcir os danos que porventura existissem.

Por justiça distributiva, entende-se como “a necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riquezas e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade”, com o objetivo de mitigar as iniquidades decorrentes da discriminação¹⁰².

Seria, pois, a tentativa de atenuar a terrível situação de desvantagem social que muitos grupos se encontravam, ou ainda se encontram, o que justificaria a adoção de medidas positivas que buscassem favorecê-los perante os demais grupos privilegiados. Tais medidas destinavam-se a distribuir melhor os bens socialmente relevantes de forma razoável e proporcional, para que, futuramente, as relações entre estes grupos viessem a se tornarem equânimes.

Conforme discorre Daniel Sarmiento, a noção de justiça distributiva se baseia no pressuposto de que um indivíduo ou o grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, que se presumem ter direito, naturalmente, no intuito de alcançar condições sociais que direcione a uma justiça efetiva¹⁰³.

É interessante observar a existência de algumas vertentes desta teoria distributiva. A primeira discorre que há uma igualdade existente, decorrente de uma situação anterior ao pacto social, o qual deverá ser alcançada¹⁰⁴.

¹⁰² GOMES (2001b, p. 66).

¹⁰³ (SARMENTO, 2006).

¹⁰⁴ GOMES (2001b)

Há aqueles que entendem haver um substrato utilitarista, ou seja, uma otimização do bem-estar social, segundo o qual:

“a redistribuição de benefícios e ônus na sociedade tem o inegável efeito de promover o bem-estar geral, eis que ao se reduzirem a pobreza e as iniquidades, tendem igualmente a desaparecer o ressentimento, o rancor, a perda do auto-respeito decorrente da desigualdade econômica”¹⁰⁵.

No tocante ao pluralismo cultural, de acordo com o ensinamento de Daniel Sarmento, o fato do Brasil conter uma pluralidade étnica e cultural, para que todos tenham os mesmos direitos sem quaisquer distinções é preciso que exista um contato real e paritário entre as pessoas integrantes das diferentes etnias¹⁰⁶.

Por fim, o fortalecimento da identidade e auto-estima do grupo favorecido induz ao efeito de quebrar estereótipos negativos no meio social, influenciando para que os destinatários das políticas públicas, ao lograr o sucesso almejado, se tornem um exemplo para os demais, favorecendo, desta forma, sua identidade e evitando as visões precipitadas que porventura existam daqueles indivíduos¹⁰⁷.

2.9 A Constitucionalidade das Ações Afirmativas: uma visão direcionada a Constituição Federal de 1988

No transcorrer do histórico constitucional brasileiro, o legislador não tratou as ações afirmativas com elevada importância, posto que, era garantida somente à igualdade em seu plano formal e impondo regras e medidas de caráter proibitivas ou sem qualquer objetivo efetivo de dirimir a desigualdades existentes do subconsciente social.

¹⁰⁵ GOMES (2001b, p. 68).

¹⁰⁶ SARMENTO (2006).

¹⁰⁷ Ibidem.

Com o advento do atual ordenamento constitucional, observa-se a preocupação que o constituinte tinha de desvencilhar-se da situação estática que a isonomia formal propunha, para adotar medidas que fizessem o Estado agir positivamente, dirimindo essas disparidades, buscando adotar uma igualdade material, com enfoque na atuação para dirimir as disparidades.

Tanta foi à preocupação e a vontade para se garantir os meios para que as ações afirmativas existissem e o Estado efetivamente atuasse no sentido de diminuir as disparidades, que se verifica no artigo 3º da Magna Carta, dentre os objetivos fundamentais a ser alcançados, há a disposição segundo o qual o poder público deve promover meios que busquem eliminar todas as formas de discriminação existentes:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹⁰⁸.

Sobre os objetivos fundamentais, constantes na Carta Magna, Carmen Lúcia discorre que:

[...] todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se têm em termos de condições sociais, políticas,

¹⁰⁸ BRASIL (1988).

econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído¹⁰⁹.

Para garantir que estas ações sejam condizentes com a realidade, evitando qualquer forma de disparidades entre os grupos, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, do Texto Constitucional, surge como instrutor dos limites a qual o Estado deve observar. Seria, pois, a noção de comunidade estatal inclusiva pautada pelo multiculturalismo, religioso ou filosófico¹¹⁰.

A relevância dada as ações afirmativas é tamanha, que o constituinte buscou elevá-las a condição de princípios fundamentais que devessem dirigir as políticas públicas da República Federativa do Brasil. Não obstante, estes dispositivos apresentam-se como fontes de interpretação e integração de todo o sistema constitucional, assim como, do ordenamento jurídico infraconstitucional.

É através desta legitimação legal que as ações afirmações buscam promover as mudanças no meio social, “com a adoção de condutas ativas, com a construção de novo figurino sócio-político, é que se movimenta no sentido de se recuperar o que de equivocado antes se fez”¹¹¹. Não bastava somente coibir os indivíduos, sem uma efetiva atuação no sentido de retirar do meio social a compreensão que impera entre aqueles socialmente marginalizados.

Sem as normas contidas no Título I da Magna Carta, a igualdade jurídica não teria a concepção que se tem atualmente, posto que, se vislumbraria apenas a vedação de

¹⁰⁹ ROCHA (1996, p. 289).

¹¹⁰ CANOTILHO (2000).

¹¹¹ ROCHA (1996, p. 290).

tratamentos discriminatórios. Assim, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República.

Ademais, o constituinte inseriu no texto dos Direitos e Garantias Fundamentais, de forma explícita, especificamente no *caput* do artigo 5º, a previsão do princípio da igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a igualdade seja entre indivíduos, seja entre grupos segregados. Tal premissa está resguardada por “cláusula pétrea” de qualquer modificação legislativa no texto que busque eliminá-la ou diminuir o âmbito de sua aplicabilidade (artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal)

Carmen Lúcia ainda observa que o princípio da igualdade, explicitamente previsto no *caput* do artigo acima citado, é uma forma clara que o constituinte adotou para buscar garantir que as discriminações sejam de, alguma forma, reduzidas ou até mesmo eliminadas:

O direito de igualdade pode ter incidência extensiva a qualquer pessoa ou pode a ele se subsumir, nas condições normativas positivadas, apenas as pessoas ou grupos indicados dependendo do traçado jurídico oferecido. Com isso, a desigualação legalmente posta pode retirar de algumas pessoas ou grupos alguma aspiração ao tratamento igual na esfera de aplicação do direito brasileiro. É a própria Constituição explícita o tratamento dessemelhante pelo qual, aliás, traduz-se o sentido material do princípio, aqui entendido, como acima notado, como o cuidado jurídico igual para aqueles que foram, juridicamente e justamente, igualados pela sociedade por meio da sistematização normativa¹¹².

No entanto, não se deve desprezar a importância das normas proibitivas e punitivas para que de forma cogente se cumpra as determinações, como por exemplo, os dispositivos presentes nos incisos XLI e XLII, do artigo 5º, o qual prevêem que “a lei punirá

¹¹² ROCHA (1990).

qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. As medidas positivas e a existência de normas cogentes proibitivas juntas dão maior força para que as pessoas cumpram as determinações legais.

As normas constitucionais não se esgotam nestas regras, sendo possível encontrar outros dispositivos que refletem a vontade do constituinte de eliminar qualquer forma de discriminação, como por exemplo, no artigo 37, inciso VIII (a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão); no artigo 170, inciso VII (redução das desigualdades sociais); e no artigo 23, inciso X (combater os fatores de marginalização).

No Título VII da Constituição Federal, referente à ordem econômica e financeira, mais especificamente no artigo 170, *caput* e inciso VII, verifica-se a intenção do constituinte em garantir aos grupos menos favorecidos, preceitos que fossem justos, no intuito de assegurar a dignidade a todos os indivíduos da sociedade, buscando alcançar os ditames da justiça social, com a correspondente redução das desigualdades regionais e sociais existentes. Tais normas possuem grande importância no sistema jurídico brasileiro:

Pelo que não apenas a Constituição, mas o sistema jurídico nacional em sua inteireza curva-se, condiciona-se, efetiva-se pela apreensão do princípio figurado com aquela concepção consagradora da obrigação de adoção de comportamentos que afirmam diferenças injustas, historicamente ou mesmo no presente, para que se superem as discriminações e se tenha a prática eficaz da igualdade no Direito¹¹³.

Hoje em dia diversas ações afirmativas estão sendo impostas em todas as regiões do país, sejam elas na busca da igualdade sócio-econômica, na isonomia étnica, na

¹¹³ ROCHA (1996, p. 293).

reparação de injustiças passadas com os índios, ou mesmo com as mulheres. Entretanto, estas aplicações em todos os lugares estão ocorrendo sem uma uniformidade adequada, observando-se uma atuação das autoridades públicas tão somente em acontecimentos isolados, enfraquecidos, desordenados.

Não obstante, observa-se que as outras formas de se alcançar a igualdade entre indivíduos desequiparados, como se pode observar da lição que Joaquim Barbosa traz:

No que pertine às técnicas de implementação das ações afirmativas, podem ser utilizados, além do sistema de cotas, o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado). De crucial importância é o uso do poder fiscal, não como mecanismo de aprofundamento da exclusão, como é da nossa tradição, mas como instrumento de dissuasão da discriminação e de emulação de comportamentos (públicos e privados) voltados à erradicação dos efeitos da discriminação de cunho histórico¹¹⁴.

Desta forma, é possível observar a importância que as políticas públicas possuem ao ordenamento social brasileiro, sendo importante salientar caráter de justiça social que elas possuem.

¹¹⁴ GOMES (2001, p. 113).

3 COTAS SOCIAIS: UMA ALTERNATIVA DE INCLUSÃO SOCIAL

3.1 Cotas nas Universidades Brasileiras

Hoje em dia, o Brasil vive um momento de grande discussão no que concerne a adoção de sistema de cotas em instituições de ensino superior, em especial naquelas geridas e mantidas pelo poder público. O acesso ao ensino superior é garantido constitucionalmente de acordo com a capacidade de cada um, vislumbrando-se a adoção do sistema de concurso, como meio de garantir a imparcialidade e o respeito ao princípio isonômico entre os candidatos. Tal medida destina-se a garantir uma efetiva aplicação do princípio meritocrático, insculpido no artigo 208, inciso V, da Carta Magna.

Em sentido diametralmente oposto, é possível observar, *exemplia gratia*, o sistema norte-americano, em que o acesso ao ensino superior leva em conta diversos fatores, dentre eles o passado do candidato, a ligação entre os ascendentes do candidato com a instituição que se pleiteia a vaga, o recebimento de alguma forma de contribuição recebida pela instituição por parentes do candidato, dentre outros fatores¹¹⁵.

Em seu estudo sobre as diferenças sobre a forma de política de cotas implantada no Estado brasileiro, Roberta Fragoso Menezes Kaufmann discorre que a adoção do sistema de cotas para a população afro-descendente adotada em diversas instituições

¹¹⁵ KAUFMANN (2007).

públicas de ensino superior, teve grande, senão total, influência do sistema adotado nos Estados Unidos da América, como dito alhures por autores diferentes.¹¹⁶

Para a autora, a aplicação deste meio de acesso mostrou-se equivocada, não sendo possível vislumbrar no Brasil uma discriminação institucionalizada como ocorrida naquele país, onde todos os poderes do Estado norte-americano (Executivo, Legislativo e o Judiciário) promoviam de alguma forma discriminação levando-se em consideração o critério da cor da pele como meio para de impor discriminações essencialmente arbitrárias.

Tal sistema de discriminação promovido naquele país surgiu apartir de movimentos organizados, contrários as políticas de inclusão dos afros-descendentes, como por exemplo, Ku Klux Klan¹¹⁷ e o Conselho dos Cidadãos Brancos¹¹⁸, que possuía entre seus membros juízes, prefeitos, deputados, senadores e vários outras autoridades, que influenciavam essencialmente nas decisões para adoção das políticas públicas. É importante ressaltar que o sistema de discriminação adotado naquela nação foi institucionalizada, essencialmente pelos estados sulistas, que faziam parte dos Estados Confederados na Guerra de Secessão, no período da Guerra Civil americana.¹¹⁹

¹¹⁶ KAUFMANN (2007).

¹¹⁷ “Inicialmente, a Ku Klux Klan – também conhecida como Klan ou KKK – fora idealizada como idealizada como uma instituição de Cavalheirismo, Humanidade, Misericórdia e Patriotismo, visando a proteção dos fracos, inocentes e indefesos contra as indignidades, segundo os termos da sua Constituição. Surgiu inicialmente em 1866, no Tennessee, criada por seis ex-oficiais do Exército da Confederação do Sul, que havia sido derrotado na Guerra Civil. Nessa época, a organização não objetivava disseminar violência ou ódio contra os negros. Seu surgimento decorreu de suposta brincadeira promovida entre amigos, que se empolgaram com o caráter místico das vestes e da hierarquia dos cargos. Porém, da vontade de assustar, ao tentarem se passar por fantasmas dos combatentes do Exército da Confederação, à violência contra os negros, não houve muita demora e logo a Klan deu início à onda de medo e de terror” (KAUFMANN, 2007, p. 146).

¹¹⁸ Também conhecida com *White Citizens Council*, surgiu como um dos representantes da Ku Klux Klan, ajudando a reforçar a segregação dos negros durante as décadas de 50 e 60 e, tal como KKK, tinha como objetivo impedir a integração do negro à sociedade. Não se utilizava nem armas nem violência, no entanto atuavam utilizando-se de propagandas e pressão política (KAUFMANN, 2007, p. 147).

¹¹⁹ KAUFMANN (2007).

No entanto, o Brasil não experimentou tal forma de segregação, tendo em vista que verificou-se a ocorrência de miscigenação entre as pessoas de cor branca e as de cor negra, direcionando a criação de uma sociedade a qual nem os negros, nem os brancos são a maioria da população, mas aqueles que são, pejorativamente, denominados de pardos. Essa parte da população é formada de mulatos, mestiços, cafusos, sendo incoerente se falar que no Estado brasileiro há uma cor predominante entre os cidadãos.

Inexoravelmente, o fato de que desde o início da colonização brasileira não houve qualquer forma de limitação na forma de relacionamento entre os senhores de engenho e os escravos, ocasionou a diversificação étnica no território brasileiro. Tal fato foi fundamento para que a sociedade brasileira apresentasse alto grau de miscigenação.

Apesar do último censo demográfico do IBGE haver constatado que a população branca é maior que a negra e a parda juntas¹²⁰, a realidade brasileira sobre a cor da pigmentação da pele é discutível, pois não observa entre a população brasileira, um orgulho quanto à cor da pele negra ou parda¹²¹.

Não há possibilidade de negar à existência de preconceitos na sociedade brasileira no que tange a cor da pele de um indivíduo. Entretanto, considerar que a população negra possui carência no acesso ao ensino superior por causa da cor da pele que possuem, é uma premissa que não se encontra suficientemente demonstrada.

Ao se comparar a adoção de ações afirmativas nos Estados Unidos da América com o Brasil, país referência na adoção de políticas positivas em instituições de

¹²⁰ IBGE (2000).

¹²¹ KAUFMANN (2007).

superior, verifica-se a discrepância existente entre meios que esses dois Estados possuem, com a finalidade de garantir o acesso as instituições de ensino superior.

O sistema de lei denominado Jim Crow¹²², adotado nos Estados Unidos no início do século XX, culminou no surgimento de divergências entre a população negra e a branca, induzindo o surgimento duas sociedades, cabendo aos negros uma posição de inferioridade com relação aos brancos¹²³.

Ao contrário deste sistema, ao negro no Brasil nunca foi negada o acesso a uma condição social mais privilegiada. É possível observar no transcorrer da história do país, que ao negro foi permitido o estudo nas mesmas instituições que qualquer um do povo tivesse acesso¹²⁴.

Atualmente, não é possível afirmar que o principal fator para que a população negra não alcance as camadas sociais mais altas decorreu unicamente da cor da pele da pessoa.

Nas Universidades, o meio que vem preponderando são as cotas raciais, buscando dirimir as diferenças que institucionalmente existiria no Estado brasileiro. As cotas raciais como meio de acesso as instituições de ensino superior, em especial as públicas, induziu o que se denomina como discriminação reversa, ou seja, a possibilidade de as ações

¹²² O regime segregacionista imposto aos negros em diversas cidades e estados do sul dos Estados Unidos. A discriminação foi institucionalizada e estimulada pelo Governo, sendo posta em prática por meio de leis, de atos administrativos e da jurisprudência da Suprema Corte. O sistema estabeleceu uma mensagem de inferioridade fixando espaços diferenciados para negros e brancos. Originou-se da necessidade de controle pelos brancos daquela massa de negros, no tocante ao mercado de trabalho. A cada um dos poderes do Estado praticava e institucionalizava a discriminação, passando a mensagem de que não somente era correto discriminar, mas, sobretudo, era legal e legítimo (KAUFMANN, 2007).

¹²³ KAUFMANN (2007).

¹²⁴ Ibidem.

afirmativas poderem atingir, indiretamente, o direito daqueles que não foram beneficiados pelo programa e que estariam sendo penalizados por um dano que não cometeram¹²⁵.

Tendo em vista que, em sua maioria as instituições públicas de ensino superior possuem uma quantidade limitada de vagas, para aqueles que almejam acessá-las, prevê uma forma de reserva, segundo a qual se tem como fator de *discrimen* a cor da pele, induzindo a uma ofensa ao tratamento igualitário que a Magna Carta institui.

Ao se estipular cotas a uma categoria de indivíduos, é necessário ter cautela, para que, um fator não justificável possa vir a ensejar a declaração da inconstitucionalidade de tal medida, por ofensa a diversos dispositivos constitucionais, em especial, a igualdade e a proporcionalidade da medida, além de não serem considerados legítimos pelos demais da sociedade¹²⁶.

Observa-se a existência de um cenário discrepante, senão hostil. No momento em que se tem leva em consideração as pessoas como pertencentes a um grupo social marginalizado, o programa deixa de considerar as pessoas como indivíduos, alcançando resultados injustos àqueles que não promoveram qualquer discriminação. Conseqüentemente, a meritocracia seria colocada em segundo plano ¹²⁷.

Em sua obra, Marcelo Campos Galuppo traz interessante lição no intuito de demonstrar a importância de se ter garantida aos negros uma participação mais efetiva no meio social brasileiro:

Nesse sentido, tratar diferentemente os negros, criando, por meio dos direitos fundamentais, condições de inclusão social, significa tratá-los de modo

¹²⁵ KAUFMANN (2007).

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Ibidem.

juridicamente adequado, o que é necessário para assegurar a legitimidade, pois, conforme afirmamos, a legitimação do direito só pode se dar se houver uma igual possibilidade de participação real nos discursos de formação da opinião e da vontade, o que exige, muitas vezes, um tratamento diferenciado daqueles que são faticamente excluídos, implementando-se uma igualdade produtora e produzida pelo Estado Democrático de Direito¹²⁸.

Se a finalidade se quer alcançar com as políticas afirmativas é acabar, ou diminuir, a discriminação a qual os negros estão sujeitos, o acesso a universidade poderá minimizar, no entanto, não impedirá que a população negra continue sendo vítima de humilhações. O negro no Brasil é discriminado, verdade que não se contesta, entretanto a forma com que as autoridades públicas vêm tratando o assunto não condiz com a realidade, buscando aplicar políticas públicas de curto prazo.

3.2 A Noção de Raça

Um fato que, indubitavelmente, tem levado a grandes discussões no meio acadêmico concerne à existência de raça, ao se levar em consideração a cor da pele do indivíduo. Por muito tempo, a cor da pele foi utilizada como critério para se determinar a raça a qual um indivíduo pertencia, sendo possível observar no Dicionário de Língua Portuguesa Houaiss, uma forma indeterminada de se definir este verbete. No dicionário raça esta definida da seguinte forma:

Divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinada pelo conjunto de caracteres físicos hereditários (cor da pele, formato da cabeça, tipo de cabelo, etc.). [Etnologicamente, à noção de raça é rejeitada por se

¹²⁸ GALLUPO e BASILE (2006, p. 105).

considerar a proximidade cultural de maior relevância do que o fator racial¹²⁹.

No campo jurisprudencial, verifica-se que a Suprema Corte brasileira se manifestou sobre a denominação daquele verbete. Na discussão do Habeas Corpus nº 82.424-2, originário do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, observa-se importante colação presente no voto do Ministro Maurício Corrêa sobre o tema:

Na verdade, o que existe é uma correlação do que se convencionou chamar a raça e a geografia mundial, o que relaciona os homens de cor branca à Europa, os de cor negra à África e os de cor amarela à Ásia. Conforme esclarecem os cientistas, “a cor branca e as características do indivíduo branco são adaptações geográficas à Europa. A cor negra e as características físicas daquilo que se associa à chamada raça negra são adaptações geográficas à África e, provavelmente, são do homem original”, pois se estima que no início todos os homens eram negros. As modificações havidas ao longo dos tempos e marcadas pelos caracteres físicos refletem o desenvolvimento do homem em sua complexidade a partir de sua constante convivência com o ambiente e não uma circunstância genética, pelo que há uma completa dissociação entre a cor da pele e o genoma. Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem¹³⁰.

Não obstante haver-se constatado a equivocada noção de que raça estaria, umbilicalmente, associada com a pigmentação da pele dos seres humanos, não se pode negar

¹²⁹ HOUAISS e VILLAR (2009, p.1602).

¹³⁰ BRASIL (2004).

que em determinadas situações, parte da sociedade brasileira considera inferior as pessoas de cor de pele negra, justificando a presença de preconceitos¹³¹.

3.3 O Caso da Universidade de Brasília

A Universidade de Brasília, mantida pela Fundação Universidade de Brasília, é uma instituição de ensino superior na qual possui grande reconhecimento nacional no que concerne a produção científica, tendo diversos cursos dentre os melhores do país.

No ano de 2004, após um período de discussões entre cientistas de diversas áreas, foi adotado e instituído o sistema de cotas no vestibular daquela, o qual se destinava 20% (vinte por cento) das vagas de cada curso aos candidatos que se autodenominasse negros¹³². O sistema foi imposto após a aprovação do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília.

De acordo com o sítio eletrônico que a universidade mantém na internet, para esclarecer e informar sobre o sistema de cotas, a reserva de vagas “direcionadas à população negra têm como objetivo, o enfrentamento de um quadro de desigualdades raciais, reconhecido até mesmo pelo Estado brasileiro”¹³³. Tal previsão encontra-se amplamente determinadas no Plano de metas que as instituiu.

No rol de objetivos traçados para a implementação do sistema, verifica-se o que, anteriormente, se denominou de Justiça Compensatória: a instauração, no espaço acadêmico de um mecanismo reparador das perdas infringidas à população negra brasileira.

¹³¹ Ibidem.

¹³² UNB (2010a).

¹³³ Idem (2010b).

As medidas destinam-se a reparar a população negra por todos os prejuízos (morais, físicos e psicológicos) sofridos, no período em que estava sob a condição de escravos, fato que teria influenciado a sua condição sócio-econômica no país. Afirma-se que a cor da pele da pessoa é o fator determinante de elas estarem fazendo parte da grande massa de indigentes do país.

Para que o candidato pudesse concorrer a alguma das vagas do sistema de cotas, ele deveria preencher, no ato da inscrição, a opção de concorrer por esse sistema. Como requisito, impõe-se aos candidatos a passagem em uma entrevista pessoal, realizada por uma banca examinadora que se manifestará no sentido de afirmar se os candidatos são negros (afro-descendentes).¹³⁴.

Surge então o questionamento: já que o sistema leva em conta a autodenominação como pré-requisito para concorrer ao sistema de cotas, qual é o critério utilizado pela banca de entrevista para determinar que um candidato seja afro-descendente? Qual critério se leva em consideração: a cor da pele ou a linhagem a qual o candidato possui descendência?

A maneira utilizada para se atribuir a um candidato a condição de afro-descendente é manifestada pela banca de entrevista, que possui o poder de dizer se um candidato é negro ou não.

Este critério vai de encontro a todo o sistema constitucional a qual a sociedade brasileira encontra-se vinculada. Tal medida não encontra respaldo no ordenamento constitucional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, implicitamente presentes no corpo dos direitos e garantias fundamentais da Carta Magna.

¹³⁴ UNB (2010a).

Gilmar Ferreira Mendes discorre que o pensamento atual dos constitucionalistas modernos, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos fundamentais a todos sem distinção, impede que a autoridade pública se manifestem sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada¹³⁵.

É possível observar que o ordenamento constitucional proíbe qualquer excesso e se veda o arbítrio na aplicação das políticas públicas, extraíndo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquelas que veiculam em sua dimensão substantiva ou material a garantia do devido processo legal¹³⁶.

Nesse sentido, deixar que uma comissão determine a qual etnia um candidato faz parte, se apresenta como medida destituída de razoabilidade e infringente ao princípio isonômico. Não obstante, considerar unicamente o critério da cor da pele como determinante de políticas públicas, no país possuidor de alto grau de miscigenação com o objetivo de promover políticas públicas, sob o fundamento da inclusão social, é outra medida que apresenta profundo desrespeito a todo aparato de direito e garantias fundamentais.

3.4 Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186

No ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal foi acionado, pelo Partido Democratas, no sentido de questionar a validade do sistema de cotas adotado na Universidade de Brasília, utilizando-se do instrumento constitucionalmente previsto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tendo como requeridos o Conselho de Ensino,

¹³⁵ MENDES (2010).

¹³⁶ BRASIL (2000).

Pesquisa e Extensão da universidade, seu reitor e o Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – CESPE/UnB, órgão responsável pela realização do vestibular da instituição.

A ação tem o intuito de discutir a adoção do sistema da cotas na Universidade de Brasília levando-se em consideração a cor da pele do candidato como política afirmativa, alegando que tal posição estaria infringindo dispositivos constitucionais concernentes a: dignidade da pessoa humana (artigo 1º, *caput*); princípio da igualdade (artigo 5º, inciso I); devido processo legal, no tocante ao princípio da proporcionalidade (artigo 5º, inciso LIV); o direito universal a educação (artigo 205); igualdade de acesso ao ensino (artigo 206, *caput* e inciso I); princípio meritocrático, entendido como o acesso ao ensino segundo a capacidade de cada um (artigo 208, V), entre outros.

Cumprir frisar que, segundo o impetrante, a ação não visava discutir: em primeiro lugar, sobre a constitucionalidade de ações afirmativas, como gênero e como política necessária a inclusão de minorias; em segundo lugar, acerca do reconhecimento de que o Brasil adota o modelo de Estado Social; e por fim, sobre a existência de racismo, de preconceito e de discriminação na sociedade brasileira as pessoas de cor negra.

Para o partido, o sistema adotado na universidade equipara-se ao adotado em outras nações, em especial, os Estados Unidos da América, que, conforme dito alhures, adotou políticas afirmativas em favor da população negra, diante da segregação institucionalizada que existia naquela nação. Defendem, ainda, que o método adotado para determinar a negritude de um candidato – juízo de valor de uma comissão – demonstrasse arbitrário e desproporcional ao fim a que se busca alcançar: inclusão da população negra pobre, à condições sociais melhores.

Não obstante tais considerações, a ação busca discutir a validade dos dados estatísticos apresentados como fundamento para se garantir tais políticas, entendendo que os dados podem levar a diversos entendimentos, dependendo em que categoria se inclui as pessoas de cor parda. Baseando-se na documentação probatória juntada aos autos do processo, concluem que não é a cor de pele que impede as pessoas de chegar às universidades, mas a péssima qualidade das escolas que a população pobre brasileira, independente da cor da pele a qual fazem parte. Desta forma, se o impedimento para o acesso ao ensino superior não é a cor de pele, então as cotas raciais não são razoáveis.

Foi requerida medida cautelar, porém, esta foi negada, *ad referendum* do plenário da corte, pelo Ministro Gilmar Mendes, tendo em vista o período de férias forenses.

Em sentido contrário, a Advocacia Geral da União manifestou em defesa da universidade, entendendo que as medidas adotadas não infringem quaisquer preceitos constantes no corpo da Carta Magna. Para o órgão, independentemente da inexistência de um conceito preciso de raça, os negros têm sido excluídos do ensino universitário de modo sistemático. Complementam afirmando que a adoção unicamente de cotas sociais, não levando em consideração a cor da pele do indivíduo em consideração, acabaria por aprofundar ainda mais o quadro de discriminação que existe no Brasil.

Não obstante tais afirmativas, os advogados da União abstraem que o princípio meritocrático não é infringido, posto que, pode-se garantir as grupos menos favorecidos da sociedade meios que permitam seu acesso através de políticas públicas afirmativas. Vislumbra-se que os atos questionados utilizaram-se de meios adequados e necessários para atingir os objetivos a que se propõem, tendo procurado resguardar, ao máximo, o âmbito de proteção do princípio da proporcionalidade e os que lhe são afetos.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela admissibilidade da ADPF e pelo indeferimento da medida cautelar postulada, entendendo estarem ausentes os requisitos considerados pertinentes para considerar plausíveis do direito invocado, em vista da constitucionalidade das políticas de ação afirmativa impugnadas.

No intuito, de elucidar a questão, o Ministro relator Ricardo Lewandowski convocou audiência pública, com a finalidade de ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridades em matéria de políticas de ação afirmativa no ensino superior.

Até a entrega deste trabalho, não se verificou a análise do mérito da questão.

3.5 As Cotas Sociais como Alternativa de Acesso ao Ensino Superior

Ao analisar os dispositivos constantes na Constituição Federal de 1988, é possível observar a importância garantida pelo constituinte à educação, tanto que no artigo 206, deste diploma normativo, há a previsão de que todos, indistintamente, têm direito à educação, sendo do Estado o dever de oferecê-la. Seu principal objetivo foi alcançar o pleno desenvolvimento da população brasileira, preparando-a para o exercício de todos os seus direitos como cidadão e sua qualificação para o mercado de trabalho.

A obrigação estatal de garantir o acesso a educação, diz respeito a sua responsabilidade de conceder acesso aos ensinos fundamental e médio de maneira universal e gratuita. Foi através do instrumento da universalização do ensino que a Carta Magna se utilizou para possibilitar a igualdade de acesso à educação. Desta forma, a obrigatoriedade e a

gratuidade formam parte de um único processo, por meio do qual se garante a universalidade do acesso às instituições de ensino, ao mesmo tempo em que asseguram o direito à educação.

A educação constitui um dos pilares para o desenvolvimento de uma nação, tanto que é reconhecida como um direito humano, ou seja, um direito natural garantido a todos, podendo ser considerada como pré-requisito para usufruto de alguns direitos civis, políticos e sociais.

No entanto, atualmente, todo o aparato administrativo do Estado brasileiro não possui meios que possam garantir o acesso de todos ao ensino básico. Ciente da utopia que seria de garantir o acesso irrestrito a rede pública, o constituinte permitiu que a iniciativa privada pudesse atuar no meio educacional (art. 209, da Carta Magna).

Diante desta desmonopolização da educação, duas realidades surgiram na sociedade: o ensino particular, exercido pela iniciativa privada, garantido àqueles que possuem meios econômico-financeiros de financiá-lo; e o ensino público, garantido a todos sem qualquer contraprestação. Entretanto, é possível observar que aqueles conseguem aliar a quantidade de alunos que possuem, com a qualidade do serviço que prestam, enquanto, estes não possuem o mesmo sucesso em conceder qualidade de ensino similar.

A massificação do sistema de ensino resultou em uma redução de sua qualidade. As boas escolas tornaram-se sinônimo de escola privada, sendo poucos os casos de instituições da rede pública de ensino que possuem qualidade de ensino satisfatória, a qual garante uma oportunidade maior de acesso as universidades ou faculdades de qualidade. No ensino superior a situação curiosamente se inverte: as universidades públicas são consideradas de boa qualidade e as universidades particulares (com exceção das confessionais e algumas de

maior tradição) são tidas como de qualidade inferior e, desta forma, menos prestigiadas. É visível que estas instituições não conseguem equacionar o binômio da quantidade de alunos e qualidade do ensino¹³⁷.

Como dito anteriormente, o acesso as instituições de ensino público se dá por meio do princípio da meritocracia. Tal preceito objetiva garantir o acesso a estas instituições segundo a capacidade de cada um, impondo ao candidato a sua participação em processo seletivo que garanta condições de igualdade a todos, em respeito ao princípio isonômico.

Diante desta premissa, vislumbra-se o seguinte desdobramento lógico: em sua maioria, os estudantes de escola particular se preparam melhor; o acesso ao ensino superior se dá segundo a capacidade de cada um; aqueles que melhor se preparam têm acesso ao ensino superior público; assim, se conclui que aqueles candidatos oriundos das instituições privadas poderão alcançar uma vaga na rede pública de ensino superior.

Percebe-se que aos estudantes da rede pública de ensino básico, o acesso as instituições públicas de ensino superior é uma utopia.

Diante desta situação fática apresentada acima, questiona-se o seguinte: os candidatos da rede de ensino básico têm as mesmas oportunidades que aqueles que estudaram em instituições privadas? E ainda, se eles teriam as mesmas oportunidades de concorrer com outros que investem milhares de reais em cursos preparatórios? A resposta é negativa. As vagas são ocupadas, em sua maioria, por estudantes de instituições particulares. Conforme pode observar no quadro 1, o percentual de estudantes oriundos de escolas particulares gira

¹³⁷ PAIXÃO (2008).

em torno e 65% dos matriculados, sendo observar a verdadeira exclusão dos estudantes oriundos de escolas públicas, no acesso aos cursos ¹³⁸.

Dados	1º/2004	2º/2004	1º/2005	2º/2005
Alunos oriundos de escola particular	64%	60%	70%	73%
Família com renda acima de R\$ 2.500,00	54%	43%	59%	64%

Quadro 1 – Percentual de acesso de matriculados de classes mais favorecidas

Fonte: UnB (2007)

Num país onde a concentração de riqueza encontra-se nas mãos de poucos e a grande maioria possui tão somente o suficiente para o sustento próprio ou familiar, não se deve desprezar que esses candidatos são oriundos das instituições públicas de ensino, em sua maioria, podendo-se concluir que estes são os mais discriminados.

Não obstante, se verifica que parte desta população de pobre é negra, encontrando-se em condições sócio-econômicas mais baixas. Apesar de ser possível observar o crescimento relativo tanto das instituições privadas de ensino superior como das públicas, ainda que em menor grau, o contingente de indivíduos negros e pardos são ainda relativamente baixo nessas instituições.

Contudo, não se deve desprezar o crescimento de negros e pardos na rede privada, reflexo de incentivos concedidos por meio de políticas públicas, como por exemplo, nos programas Universidade para Todos (ProUni) e o Fundo de Financiamento ao Estudante de Nível Superior (Fies), ambos concedidos pelo governo federal.

Informação relevante quanto ao fato acima tratado, pode ser vislumbrada nos dados extraídos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE – no ano de 2008. Quando se compara a participação relativa dos brancos, dos negros e dos pardos na

¹³⁸ (UNB, 2007, p. 8)

apropriação do rendimento total das famílias, é possível observar uma situação, indiscutivelmente, mais favorável aos brancos. Entre os 10,0% mais pobres, somente 25,4% se declararam brancos, enquanto, o restante 73,7% se declararam negros e pardos. Essa relação se inverte entre o 1,0% mais rico: 82,7% eram pessoas brancas e apenas 15,0% eram negros e pardos. Vale a pena registrar que em 1998, nesta fatia da população mais rica, os que se declararam pretos e pardos eram muito inferior (8,2%).¹³⁹

Um fator que tem influenciado a adoção de medidas em favor exclusivamente dos negros, diz respeito a existência do denominado racismo velado, o qual informa uma maneira de discriminar não aparente e não violenta. Este fato é facilmente observado, no sentido de que, no meio social brasileiro, os próprios brasileiros que afirmam não ser preconceituosos, em sua maioria demonstram, mesmo que de modo indireto, possuir algum tipo de preconceito levando-se em consideração a cor da pele de um indivíduo.

No entanto, sabe-se que a adoção de medidas públicas afirmativas é a última alternativa a ser adotada pela autoridade pública, em se constatando a impossibilidade de aplicação de outra forma inclusiva que permitisse garantir uma igualdade substancial, no intuito de ultrapassar a noção estática que existiria se adotasse unicamente a igualdade formal, a autoridade deve ser cautelosa. As medidas devem ser aplicadas de maneira que se busque evitar prejuízos significativos aos direitos e garantias fundamentais das categorias de indivíduos não destinatárias das ações afirmativas.

Para se ultrapassar a noção de discriminação velada, é necessária a adoção de uma medida que ao mesmo tempo garanta a inclusão dos negros e, na mesma proporção, o

¹³⁹ IBGE (2008)

acesso à população socialmente discriminada, não possuidora das mesmas oportunidades e se encontram no mesmo patamar de desigualdade dos negros, conforme discorre Kaufmann:

No Brasil, não se trata de promover a resposta a uma segregação institucionalizada, mas sim de, por meio de uma política assistencialista, tentar combater as causas que, no presente, funcionam como barreiras a impedir o ingresso dos negros em determinadas categorias sociais, como no mercado de trabalho e nas universidades.¹⁴⁰

No Brasil, o problema de integração dos negros não é unicamente racial, e decorre de outros fatores conjugados ao preconceito. Conforme se abstrai de dados extraídos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, ao levar em consideração o rendimento total das famílias, é possível observar uma situação indiscutivelmente mais favorável aos brancos, tendo em vista que, entre os 10,0% mais pobres da população, 25,4% se declararam brancos, enquanto 73,7% eram pretos e pardos.¹⁴¹

Apesar dos dados considerarem tanto os negros como os pardos para a determinação final do percentual, é indiscutível que o fator social encontra-se entre os fatores preponderantes para as condições precárias sócio-econômicas manterem naquele patamar. Neste sentido é possível observar a seguinte conclusão de Kaufmann:

[...] é preciso destacar que acreditamos não ser o Brasil o exemplo exato de democracia racial. Todavia, há fortes indícios de que o preconceito e a discriminação no país não serviram para impedir a formação de uma sociedade plural, diversa e miscigenada, na qual os valores nacionais em grande parte se identificam com os valores da comunidade negra. E, sobretudo, não serviriam de impedimento para que muitos pardos e negros conseguissem alcançar postos de destaque nos mais amplos espectros sociais, como na política, na magistratura, na universidade, nos esportes e nas artes.¹⁴²

¹⁴⁰ KAUFMANN (2007, p. 255).

¹⁴¹ IBGE (2009).

¹⁴² KAUFMANN (2007, p. 256-257).

Considerar a cor da pele como motivo determinante para a adoção de qualquer ação afirmativa por parte estatal deve ser aplicado de maneira que evite a exclusão do percentual da população que se encontra em situação pior ou mesmo mais precária do que a dos negros.

Indubitavelmente, a capacidade de alcançar melhores condições sociais por meio do acesso ao ensino superior destina-se a promover a representatividade dos marginalizados as camadas sociais mais elevadas ou tão somente o enriquecimento cultural mais abrangente. Busca-se fazer com que aqueles que alcançam condições mais elevadas da sociedade sejam um modelo a ser seguido pelos demais, resultando em um crescimento da alta estima da população destinatária das medidas.

No entanto, ao se levar em conta a noção de justiça distributiva, o qual exige a promoção de redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e benefícios entre os membros da sociedade, deve-se atentar ao fato de que os benefícios garantidos a uns, não prestados de forma equânime aos que se encontram no mesmo patamar de desigualdade, negando-lhes o mesmo amparo, resulta em uma violação do preceito de igualdade material (ou substancial).

Apesar de ser perceptível que a inclusão do negro nas instituições públicas de ensino superior poderá acrescentar bagagem cultural ao meio acadêmico, garantir ao negro uma oportunidade diferente aos pardos e brancos que vivem em condições de hipossuficiência mostra-se uma medida sem razoabilidade, não havendo uma adequação entre o meio adotado (as cotas raciais) e o objetivo a ser alcançado (dirimir ou eliminar as disparidades). Desta forma a cerne do problema, qual seja, garantia de meios para uma melhor prestação educacional básica, continua sem providências consideravelmente relevantes.

Outro ponto que merece análise, diz respeito à afirmativa de que a população negra possui condições sócio-econômicas desfavoráveis se comparadas com a população branca, resultando nas desigualdades raciais. No entanto, tal assertiva é um equívoco, pois os dados levados em consideração para alcançar essa afirmativa, leva em conta que a população negra é composta por pretos e pardos. Aproximadamente 7% (sete por cento) compõem efetivamente da população de cor negra, um percentual aproximado de 43% (quarenta e três por cento) da população brasileiras são de pardos.

Assim, não é possível afirmar que, através dos dados estatísticos arrolados, a população negra seja a maior no país, não podendo ser erigido o critério racial como fator único de desequiparação.

Apesar de tudo que foi alegado, é possível afirmar que a população brasileira carente continua com as mesmas condições educacionais que possuíam anteriormente, não sendo observadas políticas públicas efetivas no sentido de dirimi-las:

Em 2008, no que diz respeito à média de anos de estudo da população de 15 anos e mais, as pessoas de cor branca apresentavam uma vantagem de quase dois anos (8,3 anos de estudos) em relação a pretos e pardos (6,7 e 6,5 anos), diferença que vem se mantendo constante ao longo dos anos se comparada com as informações das pesquisas anteriores.¹⁴³

Sabendo-se que a mensuração da escolaridade da população jovem permite verificar a eficácia do sistema educacional do país, utilizado até mesmo como meio para se combater a pobreza e garantir uma melhor coesão social, no Brasil, as autoridades se mostram omissas frente aos dados, negando a influência das condições de hipossuficiência sócio-econômica e educacional na representatividade da população na sociedade.

¹⁴³ IBGE (2009, p. 185).

No entanto, qual medida é razoável e proporcionalmente mais justa a ser implementada nas instituições públicas de ensino superior? No caso da Universidade de Brasília, quais das opções prestariam respeito aos princípios de acesso ao ensino superior: as cotas sociais ou as cotas raciais?

Não é difícil afirmar que a medida que constitucionalmente abarca os princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade (em sentido material), paralelamente ao da não-discriminação são as políticas públicas que garantem aos candidatos com hipossuficiência educacional e econômico-financeira, o acesso as instituições de ensino superior mantidas pelo poder público. Na mesma proporção, respeita-se ao princípio meritocrático, conforme dito alhures, também, garante tanto a legalidade como a constitucionalidade do acesso daqueles que não possuem condições sócio-econômicas de acessá-las.

Conforme leciona o Gilmar Ferreira Mendes, não deve uma medida contemplar excessos que vão de encontro aos direitos e garantias fundamentais:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.¹⁴⁴

Seriam mais condizentes a adoção de ações afirmativas que a conjugassem os critérios raciais e econômicos. O fato dos negros no Brasil possuírem condições econômicas diferentes em relação aos brancos, revelando a inferioridade daqueles por estes, por ter diversas interpretações, porém afirmar que o racismo é a única, não condiz com a

¹⁴⁴ MENDES (2001, p. 3).

realidade. Fatores como momento temporal de uma nação, fator geográfico, interesse, talento, momento econômico, podem influir na posição social que um indivíduo se encontra¹⁴⁵

As cotas sociais conseguem compatibilizar os meios utilizados com os fins perseguidos pela autoridade pública, conseguindo adequar os meios utilizados para a consecução com os objetivos pretendidos.

Ao exigir que as medidas interventivas adotadas mostrem-se adequadas e necessárias a atingir os objetivos pretendidos, de forma que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz ao fim que se busca alcançar, sendo esta a medida a ser adotada pela autoridade pública.

Aqueles que sempre estudaram na rede pública de ensino, não possuem as mesmas oportunidades em relação aos que sempre tiveram os meios necessários para bancar um ensino de qualidade. Ao garantir através de políticas públicas, o acesso deles as instituições de ensino, é possível observar que a população negra e a branca, de baixa renda, serão, direta ou indiretamente, atingidas por estas medidas.

Se por outro meio puder ser alcançado o objetivo pretendido pela autoridade pública, sendo menos oneroso e ao mesmo tempo adequado, o Estado deve adotá-lo. Desta forma, se da adoção das cotas sociais resultar uma rigorosa ponderação e equilíbrio entre a intervenção almejada e os objetivos perseguidos deve a autoridade preferir esta do que aquela que crie maiores desigualdades.

A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o

¹⁴⁵ KAUFMANN (2007).

poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas.¹⁴⁶

Entretanto, é imperiosa a presença de que haja também a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade, ou seja, que após um juízo de necessidade e adequação entre a medida aplicada e os fins a que se quer alcançar se possa determinar uma medida que consiga cumprir a máxima da isonomia.¹⁴⁷

Se o objetivo que se pretende alcançar puder ser realizado de maneira diverso do meio que cause prejuízo a grande parte da sociedade, faz-se necessário que a autoridade pública aplique-o, ao invés de adotar medidas que não apresentem motivos razoavelmente plausíveis. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo mais adequada e menos onerosa a aqueles que se destinam as medidas e aos não são destinatários.¹⁴⁸

O postulado do princípio da proporcionalidade seria considerado o coeficiente utilizado para se aferir a razoabilidade dos atos estatais, com a finalidade de contenção dos excessos do Poder Público. Essa é a razão a qual a doutrina, após destacar a ampla incidência do postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado, adverte que o princípio da proporcionalidade é essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível para que se garanta a tutela das liberdades e garantias fundamentais.

¹⁴⁶ BRASIL (2001).

¹⁴⁷ MENDES (2001).

¹⁴⁸ BRASIL (2000).

Cumprе enfatizar, neste ponto, que a cláusula do devido processo legal, objeto de expressa proclamação do artigo 5º, inciso LIV, da Carta Magna e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade, deve ser entendido, não sob o aspecto formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do substantivo do devido processo legal reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.¹⁴⁹

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das políticas públicas do Estado que não dispõe de competência para atuar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal:¹⁵⁰

A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco – especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos – passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem “não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos [...] e a necessidade de sua utilização [...], de tal modo que um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador [...]”.¹⁵¹

Desta forma, se as autoridades públicas conjugarem a adoção de políticas públicas afirmativas que levem em consideração tanto o fator social como o racial, seria

¹⁴⁹ BRASIL (2000).

¹⁵⁰ BRASIL (2000).

¹⁵¹ MENDES (1994, p. 475).

possível alcançar tanto a inclusão dos negros discriminados, assim como os indivíduos pobres.

Esta conjugação cumpriria com a legalidade, pois todo o ordenamento jurídico permite que medidas públicas afirmativas sejam adotadas para incluir aqueles que se encontra em situação de desigualdade.

Presta respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, posto que, busca-se garantir um tratamento social adequado, evitando tratamento de indigência do ser humano, impedindo qualquer forma de discriminação e tratamento desigual capaz de influir no desenvolvimento social do indivíduo.

Quanto ao princípio da igualdade, a conjugação alcança o sentido material, introduzindo os marginalizados nas mesmas oportunidades daqueles que logram acesso ao ensino superior de qualidade, permitindo que tanto os negros como os estudantes de escolas públicas tenham um futuro promissor. Obtêm-se sucesso em tratar os iguais de maneira igual, garantindo vagas para aos que estudam em instituições particulares, e tratam os desiguais de forma desigual, na proporção de suas desigualdades, garantindo aos hipossuficientes, independente da cor da pele, o acesso as universidades e faculdades públicas.

Diante da posição do Estado de não adotar medidas que provoque tensão social entre as pessoas com relação a gênero, cor, orientação religiosa e social, a menos que elas se mostrem necessárias para a finalidade que se busca alcançar, a premissa da não-discriminação possui amparo legal.

A solução seria, assim, a conjugação das cotas raciais e sociais prestando respeito ao princípio meritocrático e de independência das universidades, pois ao se garantir o

acesso aos hipossuficientes não se deixa de levar em consideração o acesso de acordo com a capacidade de cada um, ao mesmo tempo em que permite que as universidades adotem a forma que melhor compactuaria com tal premissa.

CONCLUSÃO

A noção atual de igualdade teve sua emergência como princípio jurídico, de maneira explícita, em documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII, baseando-se essencialmente nos ideais iluministas, encontrados essencialmente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Além dos pilares de um Estado de Direito, o princípio destina-se a garantir um Estado Social, funcionando como princípio jurídico constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e, ainda, como princípio sancionador da violação do princípio por comportamentos omissivos do Estado.

Entender a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica significa que as medidas a serem aplicadas devem ser coerentes e razoáveis, buscando-se evitar arbitrariedades inaceitáveis.

No Estado brasileiro é possível vislumbrar que as discriminações perpetradas constituem um meio de valorizar, de forma generalizada, as diferenças existentes, no intuito de beneficiar os seus destinatários e toda sociedade. Repudiam-se algumas situações como meio de justificar um privilégio ou mesmo uma agressão. Basicamente, busca-se, através principalmente de políticas públicas de inclusão, privilegiar a promoção da igualdade e condenar a discriminação negativa.

Assim, buscando ultrapassar a noção estática de igualdade formal e alcançar uma igualdade substancial, foi que as cotas raciais foram implantadas sobre a noção de que o negro sempre esteve submetido, na história brasileira, a situação de desigualdade prejudicial em relação ao restante da população.

Diante do fato de a educação básica não estar sendo devidamente prestada pelo Estado, vislumbra-se importantes disparidades, onde estudantes de escolas particulares são melhores preparados que os de escola pública, sendo, assim, detentores de melhores oportunidades. Ao mesmo tempo que os negros são discriminados, os alunos da rede pública de ensino também são.

Não obstante tal fato, considerando que o Brasil experimentou um alto grau de miscigenação de sua população, não é possível afirmar quem é efetivamente negro, e assim, não se pode generalizar quais dentre estes foram impedidos de ter acesso a uma condição social mais privilegiada.

Não se pode afirmar que o fator principal para que a população negra não alcance camadas sociais mais altas decorra unicamente da cor da pele da pessoa. Utilizar unicamente as cotas raciais como meio de acesso às instituições de ensino superior, especialmente as públicas, induz o que se convencionou denominar de discriminação reversa, ou seja, a possibilidade de as ações afirmativas poderem atingir, indiretamente, o direito daqueles que não foram beneficiados pelo programa.

Não se pode permitir que uma comissão determine a qual etnia um candidato faz parte, pois este é um meio sem razoabilidade e infringe diretamente todo

aparato de direito e garantias fundamentais, inseridos no texto constitucional, em especial, do princípio da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Faz parte da consciência coletiva que a concentração de riquezas, no Brasil, encontra-se nas mãos de poucos que possui tão somente o suficiente para o sustento próprio ou mesmo familiar, devendo qualquer política afirmativa abarcar essas pessoas. Assim, a medida que constitucionalmente cumpre com os preceitos do ordenamento jurídico, garantindo o acesso tanto da população negra como dos hipossuficientes (financeira, econômica, educacional) é a conjugação das cotas sociais com as raciais, mantendo a independência dos meios acadêmicos para escolher a melhor forma promovê-las.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2010.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 186. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília – DF, 20 de jul. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>>. Acesso em: 04 mar. 2010.

_____. _____. Tribunal Pleno. ADI 1407. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 07 mar. 1996. Diário de Justiça, 24 nov. 2000.

_____. _____. _____. HC 82424. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 17 set. 2003. Diário de Justiça, 19 mar. 2004.

_____. _____. _____. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1063. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 18 mai. 1994. Diário de Justiça, 27 abr. 2001.

_____. _____. _____. MI 58. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 14 dez. 1990. Diário de Justiça, 19 abr. 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000.

GALUPPO, Marcelo Campos; BASILE, Rafael Faria. O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito: O problema das cotas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 172, out./dez. 2006

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 151, jul./set., 2001a.

_____. *Ação Afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social (a experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b.

_____; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade Efetiva. *Série cadernos do CEJ*, n. 24, 2001. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo04.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

IBGE. Censo Demográfico 2000: Características gerais da população - Resultados da amostra - Tabelas de resultados. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/populacao/cor_raca_Censo2000.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2010.

_____. Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2008. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2008/indic_sociais2008.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2010.

_____. Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2009. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2009/indic_sociais2009.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2010.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? uma análise histórico – jurídico - comparativo do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 2ª ed. Dalloz: Paris, 1962.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. Malheiros Editores. São Paulo, 2008.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82-91, abr. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23, 1994.

_____. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, BA, v. 1, n. 5, ago 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 de março de 2010.

MIRANDA, Ponte de. *Democracia, Liberdade, Igualdade*. Campinas, SP: Bookseller, 2002.

MORAES, ALEXANDRE de. *Direito Constitucional*. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ONU. Resolução da Assembleia Geral das Nações n. 2.106-A de 21.12.1965. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriraci.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

PAIXÃO, Marcelo; CARVANO, Luiz M. (org.). *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil: 2007-2008*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RABAT, Márcio Nuno. Princípio da Igualdade, Ação Afirmativa e Democracia Racial. *Cadernos Aslegis*, v. 12, n. 4, set.-dez. 2000, p. 34-47.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, nº 131, jul.-set./1996, p. 283-295.

_____. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª edição, rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

UNB. A UnB Rumo aos 50 anos: autonomia, qualidade e compromisso social. Brasília, DF, out./2007. Disponível em: <http://vsites.unb.br/iq/informes/consuni/unb_50_anos.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2010.

_____. Sistema de Cotas para Negros: história. Disponível em:
<http://www.unb.br/admissao/sistema_cotas/#historia>. Acesso em: 22 fev. 2010a.

_____. Sistema de Cotas para Negros: objetivos. Disponível em:
<http://www.unb.br/admissao/sistema_cotas/#objetivos>. Acesso em: 22 fev. 2010b.